



# UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

## TESIS DOCTORAL

Título
<b>A la responsabilidad social por la Contratación Pública</b>
Autor/es
<b>Bernabé Palacín Sáenz</b>
Director/es
Antonio Fanlo Loras y René Javier Santamaría Arinas
Facultad
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Titulación
Departamento
Derecho
Curso Académico



A la responsabilidad social por la Contratación Pública, tesis doctoral de Bernabé Palacín Sáenz, dirigida por Antonio Fanlo Loras y René Javier Santamaría Arinas (publicada por la Universidad de La Rioja), se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

© El autor  
© Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2021  
publicaciones.unirioja.es  
E-mail: publicaciones@unirioja.es

## MEMORIA DE TESIS DOCTORAL

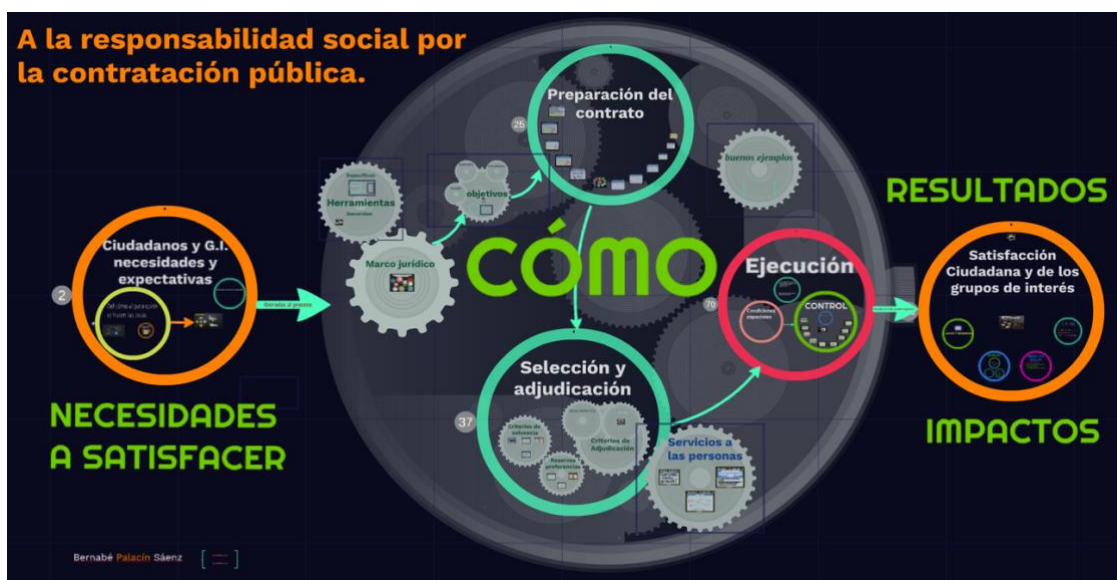
### “A la responsabilidad social por la Contratación Pública”

Autor: Bernabé Palacín Sáenz

Directores de Tesis:

Dr. D. Antonio Fanlo Loras

Dr. D. René Santamaría Arinas



Programa de Doctorado en Derecho y Cambio Social.

Logroño, Septiembre de 2020

*A mis padres, Bernabé y Paqui, que desde muy pequeños nos inculcaron la cultura del esfuerzo y nos alentaron para conseguir todas nuestras metas.*

*A Arantza, apoyo continuo, generoso e incondicional para conseguir lo que soy; y a mis hijos Berna y Héctor por su constante ánimo y comprensión.*

*Con todos ellos, también con mi padre, que está en el cielo, contraigo la deuda de dedicarles lo más valioso, mi tiempo.*

## AGRADECIMIENTOS

*Al profesor Dr. Antonio Fanlo Loras, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de La Rioja, hombre culto y de enorme vocación docente, por su generoso apoyo en la revisión continua y precisa de los textos, y por su ánimo constante para culminar esta Memoria de Tesis.*

*A la Universidad de La Rioja, por su acogida en el programa de doctorado, por transmitirme el conocimiento de materias transversales que tan importantes han sido para el proceso de investigación, y a los profesores, Dr. René Santamaría Arinas, Tutor y Codirector de Tesis, y Dr. Sergio Cámara Lapuente, Coordinador del programa, por la siempre atención, próxima y acogedora.*

## ÍNDICE

<b>AGRADECIMIENTOS.....</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>9</b>
<b>PARTE PRIMERA. UNA ADMINISTRACIÓN SOCIALMENTE RESPONSABLE.....</b>	<b>22</b>
<b>CAPÍTULO I. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL Y LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS. SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 23</b>	
1. <i>La actividad de la Administración en un contexto de servicio y utilidad para los ciudadanos. Del cómo al para quién se hacen las cosas. ....</i>	<i>23</i>
2. <i>La orientación al ciudadano como argumento.....</i>	<i>24</i>
3. <i>Qué es y en qué consiste la Responsabilidad Social en general .....</i>	<i>29</i>
4. <i>¿Qué es la Responsabilidad Social para la Administración Pública?.....</i>	<i>31</i>
5. <i>Dimensiones de la Responsabilidad Social .....</i>	<i>34</i>
6. <i>¿Es la Responsabilidad Social consustancial a los propios fines de la Administración?.....</i>	<i>40</i>
7. <i>Beneficios de la integración de la Responsabilidad Social en las Organizaciones Públicas. Buenas prácticas.....</i>	<i>44</i>
<b>CAPÍTULO II. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO HERRAMIENTA PARA LA PROVISIÓN DE BIENES Y SERVICIOS, Y DE NECESIDADES SOCIALES.....</b>	<b>50</b>
1. <i>El viaje desde una contratación pública limitada al abastecimiento de bienes y servicios, hasta otra que fija objetivos estratégicos para la satisfacción de necesidades sociales, ambientales y de innovación.....</i>	<i>55</i>
1.1. <i>La calidad del empleo de los trabajadores al servicio de las empresas contratistas. ....</i>	<i>57</i>
1.2. <i>La promoción de un medioambiente sostenible .....</i>	<i>62</i>
1.3. <i>La fórmula de la innovación .....</i>	<i>69</i>
2. <i>Elementos que distorsionan el escenario.....</i>	<i>80</i>
2.1. <i>Falta de impulso y concienciación .....</i>	<i>81</i>
2.2. <i>Incertidumbre jurídica.....</i>	<i>81</i>
2.3. <i>Falta de conocimiento sobre la conservación del medio ambiente .....</i>	<i>83</i>
2.4. <i>Falta de gestión del conocimiento .....</i>	<i>87</i>
2.5. <i>Falta de control en la ejecución de las prestaciones .....</i>	<i>88</i>
3. <i>Consecuencias de no intervenir. ....</i>	<i>90</i>
3.1. <i>Deterioro de las políticas sociales y medioambientales.....</i>	<i>90</i>
3.2. <i>Creciente reproche social.....</i>	<i>92</i>
3.3. <i>Pérdida de reputación.....</i>	<i>93</i>
3.4. <i>Pérdida de notoriedad en la capacidad de influir en los agentes sociales y económicos .....</i>	<i>93</i>
<b>CAPÍTULO III. EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE UNA CONTRATACIÓN INSTRUMENTAL Y ESTRATÉGICA CON EL USO EFICIENTE DE LOS FONDOS PÚBLICOS. ....</b>	<b>94</b>
1. <i>Los principios económicos.....</i>	<i>96</i>
2. <i>La eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios. Consideraciones estratégicas. ....</i>	<i>101</i>
3. <i>Integración de criterios cualitativos, la estabilidad presupuestaria, el control del gasto, la transparencia y la competitividad.....</i>	<i>112</i>
3.1. <i>Las relaciones calidad-precio y coste-eficacia al servicio de la contratación estratégica. ....</i>	<i>115</i>
3.2. <i>La transparencia como principio derivado y gran aliado de la eficiencia.....</i>	<i>122</i>
4. <i>Beneficios de carácter social, medioambiental e innovador. ....</i>	<i>123</i>
4.1. <i>El poder adjudicador como titular de las políticas sociales, de conservación del medio ambiente y de la innovación y desarrollo. En especial de los poderes adjudicadores locales. ....</i>	<i>125</i>
4.2. <i>¿Realmente es posible medir la obtención de beneficios directos e indirectos? .....</i>	<i>129</i>
1) <i>Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas. ....</i>	<i>136</i>
2) <i>Guía Práctica “Las claves de la compra pública responsable”. Foroética.....</i>	<i>137</i>
3) <i>Cláusulas sociales. Dossier para la contratación pública sostenible .....</i>	<i>137</i>
4) <i>Guía práctica para la aplicación de cláusulas sociales en los contratos públicos de la Diputación Foral de Guipúzkoa. ....</i>	<i>138</i>
5) <i>Manual de contratación pública responsable en relación con las personas con discapacidad. .</i>	<i>139</i>
6) <i>Manual de Contratación Pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad.....</i>	<i>139</i>

7)	Resolución de 8 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan Reincorpora-t, Plan trienal para prevenir y reducir el Desempleo de Larga Duración 2019-2021. ....	140
5.	<i>Fórmulas comparadas en el derecho internacional. Los casos de Argentina, Chile, Venezuela, Perú y Colombia</i> .....	148
5.1.	Argentina:.....	148
5.2.	Chile.....	149
5.3.	Venezuela.....	150
5.4.	Perú.....	150
5.5.	Colombia.....	151
5.6.	México.....	152
6.	<i>Los principios de eficiencia, eficacia y economía en la doctrina de los órganos de control externo, las resoluciones de los Tribunales de Recursos Contractuales, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y la jurisprudencia del TJUE</i> .....	153
6.1.	Tribunal de Cuentas de España.....	154
6.2.	Tribunal de Cuentas Europeo.....	157
6.3.	Tribunales de recursos contractuales.....	159
6.4.	La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).....	161
6.5.	Jurisprudencia del TJUE.....	163

**PARTE SEGUNDA. INTEGRACIÓN DE FACTORES SOCIALES, AMBIENTALES Y DE INNOVACIÓN EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN. .... 165**

CAPÍTULO IV.	ANTECEDENTES. LA PRESTACIÓN INTRÍNSECA Y VINCULACIÓN AL OBJETO DEL CONTRATO.....	168
1.	<i>Los tratados de la Unión Europea</i> .....	168
2.	<i>La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea</i> .....	172
3.	<i>Libro Verde. La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro</i> .....	173
4.	<i>Evolución de las comunicaciones interpretativas de la Comisión Europea sobre integración de aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública</i> .....	176
5.	<i>La evaluación de la calidad intrínseca de las ofertas</i> .....	184
6.	<i>El considerando núm. 46 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo y su incidencia en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Las personas desfavorecidas como usuarios o como prestadores de las obras, suministros o servicios por cuenta del contratista</i> .....	191
7.	<i>La Estrategia Europa 2020. Prioridades y objetivos</i> .....	196
8.	<i>La agenda 2030 para el desarrollo sostenible</i> .....	198
9.	<i>El nuevo paquete de Directivas de 2014. En especial la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública</i> .....	199
10.	<i>El artículo 1º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre</i> .....	203
11.	<i>La difícil vinculación de algunos criterios de adjudicación sociales con el objeto del contrato</i> .....	206
11.1.	Descripción del objeto del contrato.....	207
11.2.	La vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato.....	208
1)	¿Qué entendemos por <b>factores</b> que intervienen en los procesos de producción, prestación o comercialización de los distintos contratos?, ¿a qué se refiere el legislador?.....	216
2)	¿Qué entendemos por <b>formas de producción</b> , prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas?.....	221
3)	Referencia a normativa comparada, latinoamericana y europea.....	243
CAPÍTULO V.	CAPACIDAD Y SOLVENCIA DEL EMPRESARIO.....	248
1.	<i>Prohibiciones para contratar específicas de los ámbitos social y medioambiental</i> .....	248
1.1.	Condena firme por delitos relativos a la trata de seres humanos, contra los derechos de los trabajadores, y la protección del medio ambiente.....	253
1.2.	Sanción firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.....	256
1.3.	Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.....	260
1.4.	Sanción por infracción muy grave en materia medioambiental.....	264
1.5.	Sanción por infracción muy grave en materia laboral o social.....	266
1.6.	Incumplimiento de la obligación de contar con un plan de igualdad.....	267
2.	<i>Criterios de selección y medios de acreditación</i> .....	268
2.1.	Requisitos de capacidad técnica y profesional en materia social.....	272
1)	Experiencia en el campo social.....	272

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

2)	Recursos humanos para la ejecución de las prestaciones. Títulos académicos y profesionales.	275
3)	Sistemas de control de la calidad	278
2.2.	Requisitos de capacidad técnica y profesional en materia medioambiental	281
1)	Experiencia en el campo medioambiental	281
2)	Recursos humanos y técnicos para la ejecución de las prestaciones. Títulos académicos y profesionales	283
3)	Sistemas de gestión medioambiental	285
CAPÍTULO VI.	FASE DE PREPARACIÓN DEL CONTRATO	297
1.	<i>La causa pública de la preparación del contrato con perspectiva social</i>	297
2.	<i>El diseño de la prestación</i>	300
3.	<i>El objeto del contrato y su necesaria vinculación con los criterios de adjudicación, especificaciones técnicas y condiciones especiales de ejecución</i>	304
4.	<i>Especificaciones técnicas: “la conversión de la idea en lo concreto”. Referencias de formulación</i>	310
5.	<i>Etiquetas</i>	316
CAPÍTULO VII.	FASE DE ADJUDICACIÓN	322
1.	<i>Criterios de adjudicación. Requisitos de validez</i>	322
1.1.	Prohibición al poder adjudicador de una libertad de decisión ilimitada	327
1.2.	Competencia real y equitativa	328
1.3.	Respeto de todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación	330
1.4.	Transparencia de los criterios de adjudicación: expresamente mencionados en los Anuncios de licitación o en los Pliegos	333
2.	<i>Las características sociales y medioambientales</i>	334
2.1.	Características Sociales: La referencia a finalidades	335
1)	Fomento de la integración social de personas con discapacidad y su inserción sociolaboral	337
2)	Personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato. En general personas en situación o riesgo de exclusión social	347
3)	Subcontratación con centros especiales de empleo y empresas de inserción	354
4)	La igualdad entre mujeres y hombres	355
5)	La conciliación de la vida laboral, personal y familiar	364
6)	La mejora de las condiciones laborales y salariales	368
7)	La estabilidad en el empleo	383
8)	La contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato	388
9)	La formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo	392
2.2.	Criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato	395
2.3.	Los criterios medioambientales	404
1)	La compra de proximidad para la reducción de la huella de carbono	419
2)	Perspectiva del ciclo de vida de los productos	425
3)	El concepto de “economía circular”	435
2.4.	Preponderancias en la valoración	443
2.5.	Los criterios de desempate	449
2.6.	Las ofertas anormalmente bajas	453
2.7.	Oportunidad de la inclusión de criterios de adjudicación frente a especificaciones técnicas o condiciones especiales de ejecución	463
CAPÍTULO VIII.	FASE DE EJECUCIÓN. LAS CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE TIPO SOCIAL, MEDIOAMBIENTAL, ÉTICAS Y DE INNOVACIÓN. SU CARÁCTER OBLIGATORIO	470
CAPÍTULO IX.	CONTRATOS RESERVADOS	487
1.	<i>Reservas generales. Porcentaje mínimo</i>	488
2.	<i>Reservas específicas. Servicios sociales, culturales y de salud</i>	495
CAPÍTULO X.	SERVICIOS A LAS PERSONAS	502
1.	<i>Forma contractual. Servicios especiales del Anexo IV de la LCSP 2017. Umbrales y especialidades</i>	506
2.	<i>Forma no contractual. Otras fórmulas organizativas establecidas por las CC.AA.: La acción concertada</i>	511
2.1.	Repaso a la legislación autonómica	518
1)	Naturaleza Jurídica y definición	519
2)	Objeto	522
3)	Principios generales	522



4)	Requisitos y criterios de preferencia .....	523
5)	Procedimiento.....	525
6)	Control de ejecución .....	527
7)	Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales .....	528
2.2.	El concierto social y la adjudicación directa a entidades sin ánimo de lucro .....	531
<b>PARTE TERCERA. EL CONTROL CON VALOR. ....</b>		<b>545</b>
CAPÍTULO XI. EL CONTROL Y SUPERVISIÓN DE LOS ASPECTOS ESTRATÉGICOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....		546
1.	<i>Eficacia, eficiencia y buen uso del dinero público.....</i>	<i>548</i>
2.	<i>Acercamiento al ejercicio de control sobre la ejecución de los contratos. Posicionamiento legal y doctrinal.....</i>	<i>550</i>
2.1.	El concepto de control en la doctrina del los TARC .....	560
3.	<i>Los órganos de control en la ejecución de los contratos, para garantizar la eficiencia y el cumplimiento legal de la contratación pública .....</i>	<i>562</i>
3.1.	El responsable del contrato y las funciones de supervisión y control de la ejecución de los contratos.....	562
4.	<i>Algunas evidencias sobre la falta de cometidos funcionales claros y de su repercusión sobre la eficiencia de los contratos.....</i>	<i>571</i>
4.1.	La Recomendación de la Comisión Europea para reducir el déficit excesivo.....	571
4.2.	El control y supervisión de la ejecución de los contratos en los informes de los órganos de control externo.....	572
<b>PARTE CUARTA. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA.....</b>		<b>583</b>
CAPÍTULO XII. ESTADO DEL ARTE EN LAS TRES ADMINISTRACIONES TERRITORIALES.....		584
1.	<i>Valoración jurídica de la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales y de innovación. Su control.....</i>	<i>584</i>
1.1.	Capacidad y solvencia del empresario.....	586
1)	Establecimiento de prohibiciones para contratar específicas. Alusión a paraísos fiscales.....	586
2)	Criterios de selección y medios de acreditación de establecimiento expreso.....	587
1.2.	Fase de preparación del contrato .....	588
1.3.	Fase de adjudicación .....	591
1)	Establecimiento de criterios de adjudicación y ponderación de los mismos en relación al conjunto.....	591
2)	Inclusión de criterios de desempate explícitos.....	613
3)	Definición de oferta con valores anormales .....	614
1.4.	Fase de ejecución .....	617
1)	Establecimiento de la condición especial de ejecución obligatoria.....	617
1.5.	Fase de supervisión .....	635
CAPÍTULO XIII. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA. IMPLANTACIÓN EFECTIVA DEL NUEVO ENFOQUE SOCIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LAS UNIDADES Y DEPARTAMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN.....		641
1.	<i>Creación de la estructura e instrumentos adecuados para una eficiente implantación de una contratación pública socialmente responsable.....</i>	<i>645</i>
1.1.	El proceso de contratación pública desde una perspectiva estratégica.....	647
1.2.	El Plan anual de contratación.....	652
1.3.	La transparencia del proceso .....	656
1.4.	Profesionalización de los empleados públicos responsables del proceso.....	658
2.	<i>Propuesta de creación de la Oficina de apoyo a la supervisión de la ejecución de los contratos. Posibles variantes.....</i>	<i>662</i>
3.	<i>Las acciones de sensibilización con las empresas para dar a conocer los beneficios de las políticas de responsabilidad social.....</i>	<i>666</i>
3.1.	Hoja de ruta para promover la colaboración de los operadores económicos.....	666
1)	Marketing público .....	666
2)	La Carta de servicios.....	668
3.2.	Medir los impactos, ¿para qué?.....	671
<b>CONCLUSIONES.....</b>		<b>676</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>		<b>693</b>
<b>INDICE DE FIGURAS .....</b>		<b>722</b>

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

**ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS..... 723**

## Introducción

Hace ya algunos años, concretamente en 2013, siendo Director de Contratación y Servicios Comunitarios del Ayuntamiento de Logroño, un Concejal, en ese momento responsable de la gestión deportiva municipal, me hizo una consulta sobre la escasa estabilidad en el empleo y continuos incumplimientos de las condiciones de trabajo que afectaban a los trabajadores por cuenta de la empresa contratista del servicio de mantenimiento de las instalaciones deportivas, situación que incidía negativamente en el servicio y ponía en riesgo una prestación de calidad, reconocida por los ciudadanos abonados, más de 50.000.

En ese momento, la estructura y orientación de la Dirección de Contratación, se sometía a los postulados clásicos de la compra pública, bajo unos principios orientados a garantizar la libertad de acceso y no discriminación de las empresas licitadoras, con el propósito de conseguir bienes y servicios más ventajosos, efectivos y económicos posibles. No contemplábamos ir más allá, puesto que la función aprovisionadora, como proceso medial, era suficiente para apoyar la actividad de servicio público del Ayuntamiento.

Pero la consulta nos hizo reflexionar a mi equipo y a mí, sobre si no era posible trascender la función tradicional de la compra pública en su función de apoyo, y lograr la obtención de beneficios adicionales directos, tales como la mejora del empleo de trabajadores al servicio de las empresas contratistas, especialmente de los más vulnerables, la igualdad de género, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y la conservación del medio ambiente; o indirectos y complementarios de otras políticas activas, competencia de otras Administraciones, distintas de los poderes adjudicadores convocantes. Todo ello, pensábamos, contribuiría a mejorar la calidad de las prestaciones.

Poco después, el Ayuntamiento Pleno, en sesión ordinaria celebrada el día 5 de diciembre de 2013, aprobaba por unanimidad una moción con alcance limitado

a la confección de nuevos criterios de adjudicación a establecer en los pliegos de la contratación de los servicios públicos, que tuvieran como objetivos primar las proposiciones que generen empleo y, por el contrario, penalizar las ofertas que, de manera oculta, llevaran aparejada la pérdida del empleo o el incumplimiento de las condiciones laborales de los trabajadores. Se trataba de una formulación incipiente, incluso carente de las mínimas cautelas que, dadas la doctrina y jurisprudencia existentes, había que mantener, pues se hablaba de empleabilidad, estabilidad y respeto a las condiciones de trabajo durante el tiempo de ejecución del contrato, materias muy controvertidas y penalizadas por los TARC. Pero se había plantado la semilla de una responsabilidad social suplementaria pública, que apoyándose en una herramienta de gestión jurídico-administrativa, pretendía contribuir a la ensanchar el vasto campo de las políticas públicas, sociales y medioambientales.

La moción dio paso a la aprobación del Plan Municipal denominado *“Caminando hacia un sistema de responsabilidad social y verde y su incidencia en la mejora de la calidad en el empleo y el medio ambiente sostenible”*, en el que se diseñaban distintos hitos de implantación, tales como la modificación de pliegos para introducir criterios sociales y medioambientales, o la realización de acciones de sensibilización con las Unidades proponentes de los contratos. Desde un punto de vista metodológico el Plan contenía todos los ingredientes para su implementación: objetivos, líneas, acciones, indicadores y una evaluación temporal de los distintos fases de ejecución. Pero carecía de algo muy importante, el estudio de materias que de modo directo o indirecto inciden en la viabilidad de esta responsabilidad social suplementaria, tales como la relación entre la inclusión de la perspectiva social y medioambiental en los contratos y la mayor eficiencia en el uso de los fondos públicos, las posibilidades legales de integración de cláusulas sociales, medioambientales y de innovación en las distintas fases del procedimiento, la ejecución del contrato y el control de supervisión, y las reservas de contratos; materias, como digo, tratadas de un modo superficial en un Plan de mejora que, formalmente, se orienta a la implantación de una política, en el caso, la de la contratación socialmente responsable.

Puesta la semilla, y germinada mediante el citado Plan, pronto comprendí, que tenía entre manos un importante reto, que da sentido a esta Memoria de Tesis, el de analizar las distintas cuestiones planteadas bajo el método jurídico, esto es marco normativo, jurisprudencia europea e interna, y doctrina científica y administrativa, además de la organización administrativa atinente a las estructuras que necesitamos, para hacer más fácil y efectiva la implementación de los fines perseguidos. Sin embargo, el reto conllevaba dos necesidades adicionales, la de un tiempo extra que mi jornada ordinaria de trabajo no podía contemplar, y la del análisis científico basado en la detección de problemas, formulación de hipótesis, localización de evidencias y contrastación de hipótesis, y conclusión. Razones por las cuales, acometí esta investigación, que me llevaría no solo a tener mayores garantías de acierto en el establecimiento del clausulado social y medioambiental, fundamento originario del Plan Municipal, sino a obtener unas soluciones organizativas que pudiesen extenderse a otras Administraciones Públicas, cumpliendo así una máxima de efectividad en la labor de investigación.

“A la Responsabilidad Social por la Contratación Pública”, así reza el título de esta tesis, no casual, que incide sobre la “valoración” de una Administración que respetuosa de los principios del desarrollo humano, quiere erigirse como centro de atención y preocupación de los ciudadanos a quienes presta servicio, con el objetivo de mejorar su calidad de vida. Finalidad de gran calado, que encuentra importantes problemas de necesaria resolución como veremos a continuación.

En el sector privado empresarial, la responsabilidad social es un vehículo a través del cual se decide voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio, respondiendo a las expectativas de los distintos grupos de interés, yendo más allá del cumplimiento de las normas. En la Administración Pública, ese compromiso voluntario que, como dice Cristóbal MOLINA, comienza donde termina la obligación legal, se manifiesta con un contenido más amplio, que arranca de la base de los servicios culturales, deportivos, de promoción de la salud, o de la integración social, techo para las

empresas que incorporan la responsabilidad social a su actividad. De ahí que se plantea si las Administraciones Públicas tendrían recorrido socialmente responsable, pues los servicios que la definen formarían parte de su actividad por naturaleza.

Que la contratación pública no es sólo un medio para proveer de bienes y servicios a la Administración, sino que además es un potente inductor para la consecución de otras finalidades sociales, entre ellas la calidad en el empleo de las personas más vulnerables de la sociedad, la conservación del Medio Ambiente, o la innovación en sectores estratégicos, para mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios públicos; es un argumento frecuentemente utilizado por el legislador europeo, la doctrina científica y administrativa, además de los Tribunales de Justicia en los espacios europeo e interior, pese a no estar clara la relación entre incorporación de cláusulas sociales, medioambientales y de innovación, de un lado, y la mejora de la calidad y la eficiencia, de otro.

Que esta idea se consolida en el artículo primero de la Ley 9/2017, de 8 de octubre, de Contratos del Sector Público, al declarar el legislador interno la *“convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad precio en la prestación contractual”*, aspecto éste, introducido por la Directiva 2014/24/UE, en el artículo 67.2, y justificado especialmente en el considerando núm. 89, que había sido reiterado en múltiples enmiendas presentadas al Proyecto de LCSP por los grupos de oposición, para evitar la confusión con los criterios de adjudicación actualmente conocidos como «la oferta económicamente más ventajosa».

Que esta convicción se asocia, como algo intrínseco, por la doctrina y la jurisprudencia, a “una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos”, eficiencia, solo declarada, no demostrada, que podría derivar en este contexto de los beneficios indirectos que obtiene el órgano de contratación por su implicación en el desarrollo de las políticas en las que se quiere intervenir, ya sean sociales, ya sean externalidades de tipo medioambiental, como la reducción de las emisiones CO<sub>2</sub>. Y es precisamente este principio, el de

eficiencia, el que nos sugiere un área de investigación interesante, que incide en averiguar si es posible mantener el equilibrio entre una contratación instrumental y estratégica con el uso eficiente de los fondos públicos.

Que debe hacerse hincapié en la delimitación de beneficios directos, pero especialmente indirectos, de carácter social, medioambiental e innovador, tanto en su medición como en una muestra de contrastación, doctrinal, consultiva, jurisprudencial y comparada con el derecho latinoamericano y europeo.

Que, en apariencia, lejos de las pretensiones del legislador, existe una timorata aplicación de la contratación estratégica o instrumental, para alcanzar objetivos sociales y medioambientales por parte de los gestores y órganos de contratación, probablemente atenazados por el miedo a ver cómo la obra proyectada, el suministro o el servicio se anula por un Tribunal Administrativo, que fundamenta su decisión en una incorrecta aplicación de características de este tipo en los procedimientos de contratación.

Que habría de profundizarse en la supervisión de la ejecución de los contratos, especialmente en el ámbito estratégico de investigación, como complemento y cierre del alcance de investigación, por cuanto, si se establece con eficacia, evitará ineficiencias o desperdicios importantes en las prestaciones contratadas, especialmente en lo referido al cumplimiento de obligaciones sociales, ambientales y de innovación.

Por último, nos preguntamos si son posibles herramientas de tipo organizativo para dotar a la llamada contratación pública socialmente responsable, de la efectividad que precisa para pasar del mero anuncio publicitario a ser un potente inductor de las políticas sociales y medioambientales.

Delimitados los problemas y lanzadas las hipótesis de trabajo con las que nos encontramos, se precisa fijar la metodología de extracción de los datos necesarios para la confirmación o refutación de las hipótesis y establecimiento de conclusiones. Consistirá en:

1. La revisión de las cuatro generaciones de Directivas de Contratación analizando su progresión respecto a la inclusión de políticas sociales, ambientales y de innovación. Análisis de la Jurisprudencia del TJUE en la materia.
2. La revisión del derecho interno, localizando la correcta ubicación e integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en las distintas fases del proceso de contratación, incluso el equilibrio entre el contenido económico y social de los criterios de adjudicación, así como del ejercicio de la función de control y supervisión de las estrategias de apoyo a las políticas de responsabilidad social, teniendo en cuenta los beneficios indirectos para el órgano de contratación. Se analiza la legislación, la jurisprudencia y los dictámenes y resoluciones emanados de los órganos consultivos y de resolución de recursos contractuales territoriales, así como de los órganos de control, como el Tribunal Europeo de Cuentas, Tribunal de Cuentas del Estado, OCEX, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y la doctrina científica.
3. Considerar el coste del ciclo de la vida de los productos, la economía circular, así como los beneficios económicos indirectos de carácter social, medioambiental e innovador, contributivos de las políticas públicas de la entidad contratante, al efecto de hallar la oferta que presente mejor relación calidad-precio.
4. Revisar en el ordenamiento jurídico interno la existencia de mecanismos de control ex ante y ex post, necesarios, como dice la Recomendación de la Comisión Europea a España para reducir el déficit excesivo, *“para garantizar la eficiencia y el cumplimiento legal de la contratación pública”*, también, por supuesto el clausulado social y medioambiental.
5. Llevar a cabo una revisión del “estado del arte” en las tres administraciones territoriales, mediante el estudio de 100 pliegos de condiciones, verificando, en contraste con el análisis realizado, la



corrección jurídica de la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales y de innovación en las diferentes fases del proceso (preparación, selección y adjudicación, y ejecución), así como de la existencia y funciones de los órganos de supervisión y control de la ejecución de los contratos, especialmente de las estrategias de apoyo a las políticas de responsabilidad social.

6. La revisión de normas de aceptación voluntaria (ISO 26000 o equivalentes), relativas a responsabilidad social de las empresas, detectando la relación entre la contratación estratégica y la promoción de prácticas de responsabilidad social.
7. El estudio de herramientas y estructuras organizativas adecuadas para conseguir la implantación de la contratación socialmente responsable.

La Memoria de tesis se materializa en cuatro partes y trece capítulos, la primera de las cuales se dedica a una Administración socialmente responsable, tratando el primero de los Capítulos de la responsabilidad social de las Organizaciones públicas, elemento distintivo de las mismas, por cuanto para ellas supone trascender, sin incumplir, la normativa por la que se rigen, mediante herramientas, tales como la contratación pública, que contribuyen a ensanchar el vasto campo de las políticas sociales y medioambientales.

Igualmente, se dibuja la transición desde una contratación pública limitada al abastecimiento de bienes y servicios, hasta otra que fija objetivos estratégicos para la satisfacción de bienes superiores que atienden necesidades sociales, ambientales y de innovación. Así, se analiza el concepto de la calidad en el empleo, la promoción de un medio ambiente sostenible, como bien colectivo patrimonio de toda la humanidad, o la fórmula de la innovación, planteándonos qué elementos son los que distorsionan este escenario, así como las consecuencias que para las Organizaciones Públicas tienen la no intervención en estas políticas desde el punto de vista de su responsabilidad social, más intensa si cabe por razón de su naturaleza jurídica. (Capítulo II)

Y nos interrogamos acerca del difícil equilibrio entre la visión instrumental y estratégica de la contratación pública y el uso eficiente de los fondos públicos, presumiendo a priori que esta faceta puede tener un coste, dado que no existen datos sobre la posible compensación de mayores gastos con los beneficios indirectos que consigue el órgano de contratación. Y ciertamente, los beneficios de las cláusulas sociales y medioambientales se intuyen, pero se consideran a priori insuficientes para sumarnos a la convicción del artículo primero de la LCSP 2017, de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, y una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Se trata de demostrar que pueden acreditarse beneficios para el poder adjudicador, aunque no sean de índole económica y tampoco directos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-513/99, Concordia Bus Finland). (Capítulo III)

La parte segunda y nuclear de la Memoria, la dedicada a la integración de factores sociales, ambientales y de innovación en las distintas fases del proceso de contratación, pretende el ejercicio académico de la correcta adecuación de las características sociales y medioambientales a las distintas fases del procedimiento, y además hacer una revisión sobre la materia, fijando estándares de consenso entre los distintos actores del “universo contratación pública”, tales como la doctrina científica, los tribunales administrativos y de lo contencioso-administrativo y los órganos consultivos, para limitar la inseguridad y el riesgo que caracterizan la toma de decisiones de esta índole por los órganos de contratación.

Así, estudiamos la denominada “prestación intrínseca”, relativa a la operativa del contrato, e inherente a su objeto, frente a los aspectos extrínsecos, relacionados con el carácter estratégico e instrumental de la contratación, vinculados solo tangencialmente a aquél. Asistimos a un recorrido entre el origen de la limitada consideración de los aspectos sociales en las Comunicaciones interpretativas de 2001 y la cuarta generación de Directivas de 2014, pasando de un enfoque cerrado, inherente al objeto del contrato a otro más amplio, más medial y más estratégico, de la mano la Estrategia Europa 2020, la Agenda 2030 para el

desarrollo sostenible, las Directivas de 2014, y la LCSP 2017, especialmente de su artículo primero; lo que servirá más tarde, en el Capítulo XII, para contrastar con el estado del arte en las tres administraciones territoriales, justificando en parte la utilidad de esta Memoria. (Capítulo IV)

A continuación, se analizan las posibilidades de integración por fases del procedimiento de las características sociales y medioambientales, motivando la salvaguarda del derecho a la buena administración, la que repele a los licitadores que no pueden acreditar una suficiente honorabilidad. En la fase de selección se avista el carácter estratégico de la contratación al perseguir una finalidad no solo económica, sino ética y cívica de los operadores económicos que pueden poner en tela de juicio su integridad (Considerando núm. 101 de la Directiva 2014/24/UE). Se persigue poder demostrar que las empresas acreditan un plus de capacidad para llevar a cabo la ejecución del contrato bajo la perspectiva social o medioambiental que se quiere imprimir al contrato. (Capítulo V)

En la fase de diseño y preparación del contrato, nos referimos en sentido amplio y teleológico, a la satisfacción de unas necesidades sociales implícitas o explícitas, que se convierten en “techo y suelo” de la capacidad para contratar de las Administraciones Públicas. Resulta crítico en esta fase incipiente del procedimiento, el análisis de cómo afecta el modelo de gestión, público o privado, a la prestación del servicio, de modo que características que suelen servir a la definición del servicio público, como de mayor calidad, más barato, y más fiable, pueden oponerse algunas realidades, tales como la falta de flexibilidad del empleo público, costes salariales poco competitivos y unos derechos sociales por encima de la media. (Capítulo VI)

La fase de adjudicación, contiene las visiones doctrinales discrepantes más significativas e interesantes, derivadas de la diferente interpretación del criterio de vinculación al objeto del contrato. Estudiamos los requisitos de validez emanados de la doctrina jurisprudencial europea, la referencia a finalidades de las características sociales, los criterios relativos al suministro y utilización de productos basados en un comercio equitativo, los criterios medioambientales, las

preponderancias en la valoración, los criterios de desempate y las ofertas anormalmente bajas.

Finalmente, nos referimos a la oportunidad de combinar criterios de adjudicación y condiciones de ejecución y, en su caso, la sustitución o preponderancia de unos frente a otras. (Capítulo VII)

Pero la aplicación de características sociales, medioambientales o relativas a la innovación todavía encuentra acomodo en la última fase del procedimiento, a través de condiciones especiales de ejecución, de las que se dice han de estar vinculadas al objeto del contrato, convenientemente evaluadas en su diseño y, en su caso, tenidas en cuenta en el cálculo del valor estimado del mismo, para no alterar la ponderación entre criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas y juicios de valor. La innovadora transposición de la que hace gala el legislador interno, al considerar obligatoria, al menos, una condición de ejecución de estas características, se erige en la “puerta de entrada” de la perspectiva estratégica de la nueva contratación, extensible a las empresas proveedoras y subcontratistas, a las que convierte en actores de la cadena de compra pública responsable, proyectando un efecto multiplicador sobre el segundo y siguientes niveles en la adquisición de productos ecológicos o en la introducción de buenas prácticas sociales. (Capítulo VIII)

Sin dejar todavía las posibilidades de integración de la perspectiva social, pero sin ubicación concreta en una fase del procedimiento, se estudia el otorgamiento de los contratos reservados, limitador del libre acceso de licitadores que no se hallan incluidos en el denominado tercer sector de acción social, o que no presentan determinadas características de índole social, que el legislador quiere proteger. La LCSP 2017, marca un nuevo talante de inspiración social fomentando el empleo entre personas con dificultad para obtenerlo, bien a través de operadores económicos colaboradores “sin marchamo social”, bien a través de Entidades de la economía social en las que prima la persona frente al capital. Modelos diferentes, abierto para los primeros, mediante los procedimientos

ordinarios de contratación, cerrado para los segundos, mediante la reserva de contratos o de servicios. (Capítulo IX)

Finalmente, la Memoria profundiza en actividades que pueden adoptar la forma contractual o no, y en este último caso, según fórmulas organizativas previstas en el ordenamiento de las Comunidades Autónomas. El legislador comunitario nos muestra una visión que trasciende de lo puramente contractual y mercantil, en la que se integran principios y valores de carácter social, sanitario o educativo, recordándonos que los estados miembros gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios o de cualquier otro servicios como los de interés económico general o los servicios no económicos.

El análisis se extiende a la legislación autonómica, buscando elementos comunes definitorios de su naturaleza, objeto, principios, requisitos y criterios de preferencia, control de ejecución, financiación, clausulado social, etc., que nos ayuden a dibujar una fórmula que se anticipa en la LCSP, aunque sin concreción. (Capítulo X)

La tercera parte de la Memoria, dedicada al “Control con Valor”, se ocupa de una cuestión novedosa, por inusual, como es el control y supervisión del cumplimiento de las obligaciones de tipo estratégico de la contratación pública socialmente responsable. Partiendo de un posicionamiento legal y doctrinal de la función de control, de escasa preocupación doctrinal científica y administrativa, pero de necesaria contemplación cuando se persigue la eficiente utilización de los fondos públicos; se hace un recorrido por sus principales agentes causales, tales como la falta de cultura de la conservación medioambiental, falta de compromiso social y, en definitiva, de especialización para incorporar la perspectiva estratégica en la contratación pública.

El establecimiento de beneficios sociales en los pliegos, supone un importante aliciente para contribuir a la consolidación de aquellas políticas, competencia directa o indirecta de los poderes adjudicadores, pero pueden verse anulados o neutralizados, si en la fase de ejecución de los contratos, no se dispone de una

solvente estructura de supervisión. Mucha “potencia sin control”, nos conduce directamente a pasar del mero anuncio publicitario de una contratación estratégica, no implementado, al olvido, y con él a incapacidad para influir en el comportamiento de las empresas, renunciando a esa “capilarización” que supone la extensión de las buenas prácticas sociales a subcontratistas y proveedores. (Capítulo XI)

Llegamos a la cuarta de la Memoria, denominada “De la teoría a la Práctica”, que se ocupa de evidenciar si realmente la perspectiva estratégica se integra, ejecuta y controla. Partimos de que lo social es bueno, pero no nos cansamos de reivindicar su rentabilidad, mediante ese balance del bien común, que nos lleve a pagar el precio adecuado. Un precio que contempla la mejor relación con la calidad, y con ella, las mejores características sociales y medioambientales.

Para ello, precisamos “pulsar” la interiorización en las Organizaciones del valor estratégico que revelan el cuarto paquete de directivas de contratación, mediante el estudio de cien pliegos de cláusulas administrativas particulares, verificando la corrección jurídica de la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales y de innovación en las diferentes fases del procedimiento.

La revisión se ha llevado a cabo sobre la plataforma de licitación del sector público, junto con otras autonómicas, como las correspondientes a País Vasco y Cataluña. (Capítulo XII)

El último Capítulo de esta Memoria, el XIII, de carácter organizativo, transita de la teoría a la práctica, realizando un ejercicio de implantación efectiva del nuevo enfoque social en las Unidades y Departamentos de las Administraciones Públicas, dedicados a la contratación pública. Miramos a la utilidad de esta Memoria para los poderes adjudicadores y gestores interesados en conocer la correcta aplicación de la normativa vigente desde una perspectiva de innovación social y medioambiental, descartando los riesgos que puedan hacer peligrar su puesta en marcha en una obra, un suministro o un servicio, implementando un servicio eficiente, de calidad y responsable socialmente con la utilización de los

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

fondos que gestiona, evitando o mitigando los riesgos consustanciales a toda estrategia de innovación social y jurídica.

En este sentido, nos preguntamos si será necesario construir una nueva estructura y si tendrá coste y, si lo tiene, si se justifica por los ahorros derivados de una presunta ejecución contractual eficiente, que puede concretarse en los siguientes hitos: la ausencia de modificados no justificados, mayores índices de calidad prestacional, mayor número de usuarios atendidos, menos reclamaciones, mayor motivación de los trabajadores al servicio del contrato, mayor satisfacción social por la creación de empleo para los más vulnerables, eliminación de impactos en el medio ambiente procedentes del consumo de bienes y servicios por la administración contratante, penalización a las empresas que no interioricen sus costes ambientales y sociales, mayor transparencia, etc.

## **PARTE PRIMERA. UNA ADMINISTRACIÓN SOCIALMENTE RESPONSABLE.**



## **CAPÍTULO I. La responsabilidad social y las organizaciones públicas. Su relación con el principio de legalidad.**

### **1. La actividad de la Administración en un contexto de servicio y utilidad para los ciudadanos. Del cómo al para quién se hacen las cosas.**

Poco a poco la Administración se va apartando del modelo de gestión burocrático garantista, influido por el “departamentalismo”, a su vez caracterizado por estructuras funcionales jerárquicas, falta de liderazgo político y técnico, por la ausencia de una gestión por competencias y de una evaluación del desempeño efectivo de su personal, y por una falta de compromiso que impide la cogeneración de una gestión moderna, eficaz, eficiente, innovadora, electrónica y orientada al ciudadano como centro de atención de la actividad pública<sup>1</sup>. Nos encontramos hoy ante el reto<sup>2</sup> de asumir una nueva administración, desgraciadamente más formal que real, cual es la contemplada, en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en adelante LRJSP, que obedece a principios tales como: servicio efectivo a los ciudadanos; simplicidad, claridad y proximidad a los mismos; participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa; racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión; buena fe, confianza legítima y lealtad institucional; responsabilidad por la gestión pública; planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas, eficacia en el cumplimiento

<sup>1</sup> La burocracia, como aprendimos de Weber, Mintberg, sigue vigente como modelo productivo no sólo en grandes factorías, también en las administraciones, favoreciendo la normalización y garantía de ejecución de los procedimientos, sólidos fundamentos sobre los que acometer cualquier modelo de gestión, basado en calidad, excelencia o producto de innovación. Sólo así puede entenderse que esos modelos empleen buena parte de su metodología en concretar procesos, procedimientos, normas internas, etc.

<sup>2</sup> CAMPOS ACUÑA, Concepción., “Una proyección de futuro: Retos de las Entidades Locales ante el nuevo marco normativo y medidas para garantizar su cumplimiento”, Capítulo 4, del libro “El nuevo procedimiento administrativo Local tras la Ley 39/2015”, Coordinado por la autora, Wolters Kluwer España, S.A. 1ª edic. (abril 2016). [...] «no será suficiente la aprobación de normas de procedimiento y organización de las AAPP, sino que es precisa una auténtica transformación en el modelo de administración, claramente vinculada a elementos de naturaleza más práctica»

de los objetivos fijados; economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales; eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos; y cooperación, colaboración y coordinación entre las administraciones públicas. Sin embargo, esta transformación de la administración no opera por sí misma, al contrario, se precisan cambios que, apoyados por las normas que les dan cobertura, prendan en la estructura organizativa como nueva cultura de gestión, preocupada hacia adentro por el desempeño de sus empleados y la mejora continua de sus actividades, y hacia afuera por una atención permanente de las necesidades cambiantes de los ciudadanos.

## **2. La orientación al ciudadano como argumento.**

La nueva administración, en su vertiente prestadora de servicios, al margen de su actividad regulatoria, opta, o mejor deberíamos decir debe optar, por la orientación al ciudadano como base principal de su gestión, pues la realidad demuestra que son pocas las Administraciones que aplican sistemas de gestión de la calidad, sea cual fuere el modelo, y ello por varios motivos, a saber<sup>3</sup>:

- La falta de una cultura de gestión de nuevo cuño, como la referenciada, propicia un modelo de gestión, en expresión de algunos autores “burocrático-garantista” (CUELLAR), todavía muy arraigado en la Administración, que incide negativamente en la cogeneración de un nuevo modelo de gestión orientado al ciudadano, en lugar de al departamento, como legitimador de la acción pública. Cuando este objetivo no se tiene claro, cuando no se comprenden las diferencias de alcance entre la mejora orientada a los procesos (qué y para quién se hacen las cosas) y aquella enfocada a los departamentos o a las funciones (cómo se hacen las cosas), es difícil que una gestión efectiva, por asociación entre prestación y aspiraciones de la

<sup>3</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé. “La calidad como herramienta para conseguir un modelo eficiente de gestión pública, socialmente responsable”. Cap. I. del libro *Calidad, transparencia y ética pública*. Director PINTOS SANTIAGO, Jaime. Colección Monografías. Instituto Nacional de Administración Pública. Primera ed. 2017. Págs. 47 y ss.

comunidad vecinal, pueda llevarse a la práctica, por falta de causa. De ahí la importancia de unir voluntad y método en la generación de bienes y servicios públicos para conseguir una gestión eficaz, eficiente y al mismo tiempo responsable socialmente<sup>4</sup>.

- La existencia de estructuras funcionales, verticalizadas, con organizaciones departamentales estancas, sin apenas comunicación transversal, donde el flujo de producción de normas y actos administrativos, propios de las potestades públicas, sigue una secuencia independiente del resto de departamentos, donde no se contempla la organización administrativa como sistema, puede suponer un freno en el enfoque que tratamos. Por el contrario, una gestión por procesos, que tiene en cuenta todas las actividades de prestación mutuamente relacionadas, donde las demandas y expectativas ciudadanas se convierten en servicios, mediante la consideración de todas las partes y recursos implicados, refuerza el componente obligacional de los compromisos de gobierno.
- Sin la presencia de profesionales de las administraciones públicas, aquéllos que culminan la organización administrativa, convencidos de la necesidad de transitar del “cómo al para quién se realiza la gestión pública”, es difícil acometer un proyecto riguroso que ponga al ciudadano en nuestro centro de atención y preocupación.
- Los impedimentos al control y evaluación, como efecto más inmediato de esa “zona de confort” en la que se sitúan las personas en las organizaciones, especialmente las públicas, se convierten en frenos a la transparencia y a la rendición de cuentas, y por ende al cambio, la innovación y el emprendimiento públicos.

<sup>4</sup> No porque la norma diga lo que ha de hacerse está garantizado su cumplimiento, ni siquiera por las previsiones de su régimen sancionador, si no va acompañado de un cambio de cultura organizacional interna y de una constante comunicación con los ciudadanos. Los sistemas de gestión de la calidad, aunque fueran despojados de todo componente de acreditación, pueden contribuir al establecimiento de una cultura de gestión pública en la que la orientación al ciudadano como causa de legitimación administrativa, los empleados, la dirección por objetivos, la planificación, el desempeño, la transparencia, la evaluación, y la mejora continua, se constituyen en ejes vertebradores.

Dice el profesor ARENILLA<sup>5</sup>, que *«nuestro negocio, el de las Administraciones, es garantizar los derechos y libertades de las personas, es mejorar su calidad de vida y fortalecer la democracia [...]»* y, ciertamente, son derechos y principios que constituyen una posición medular en las visiones de las organizaciones públicas cuando se dotan de planes estratégicos con los que posicionarse y distinguirse de otras administraciones territoriales homónimas, con las que competir en inversiones externas, subvenciones sometidas a concurrencia competitiva, o herramientas gestoras y valores de servicio, como la orientación al ciudadano; pues como comenta DÍAZ MÉNDEZ<sup>6</sup>, *«Ya no es el Estado y sus tecnócratas –solos– quienes a priori definen lo que el ciudadano necesita o no, transformándolo en ordenamientos y servicios o prestaciones, sino que el Estado y la Administración están obligados a “pulsar” permanentemente la opinión y expectativas de los ciudadanos.»*

Pero no todas las organizaciones públicas han reflexionado sobre la misión, visión y valores con los que acometer los fines que dan sentido a su existencia, especialmente de su actividad prestacional de servicio público, frente a la actividad regulatoria, ordenadora de la convivencia. La razón es que todavía presentan una predisposición mayoritaria a estructuras burocráticas muy escoradas, casi en exclusividad, a la seguridad del procedimiento y al departamentalismo, ciertamente poco contributivas del derecho a una buena administración<sup>7</sup> a la que se refiere RODRÍGUEZ–ARANA, como aquélla que se orienta continuamente al interés general. Por ello, es preciso realizar una transición conceptual y real, desde el cómo se

<sup>5</sup> ARENILLA, Manuel, “Innovación y transformación de la Administración Pública Local”, Conferencia pronunciada en Logroño el día 12 de marzo de 2015. II Congreso Europeo de Proximidad, Participación y Ciudadanía.

<sup>6</sup> DÍAZ MÉNDEZ, Antonio, “Sistema municipal de gestión de calidad. La aplicación de los modelos de calidad a la gestión pública”, *GAPP*, núm. 11–12, enero-agosto 1998.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ–ARANA, Jaime, “El derecho a una buena administración para los ciudadanos”, *INAP*, Netbiblo, S.L. 2013, pág. 18. *«Una buena Administración Pública es aquella que cumple con las funciones que le son propias en democracia. Es decir, una Administración Pública que sirva a la ciudadanía, que realice su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se oriente continuamente al interés general. Un interés general que en el Estado social y democrático de Derecho reside en la mejora permanente e integral de las condiciones de vida de las personas.»*

hacen las cosas al para quién, erigiendo como centro de atención al ciudadano. Esta lógica, representada en la figura 1, aprovecha el contexto del procedimiento de contratación para describir el tránsito desde las viejas a las nuevas administraciones, apoyándose en los principios de la calidad y de la buena administración, implícitos en el proceso de contratación pública.

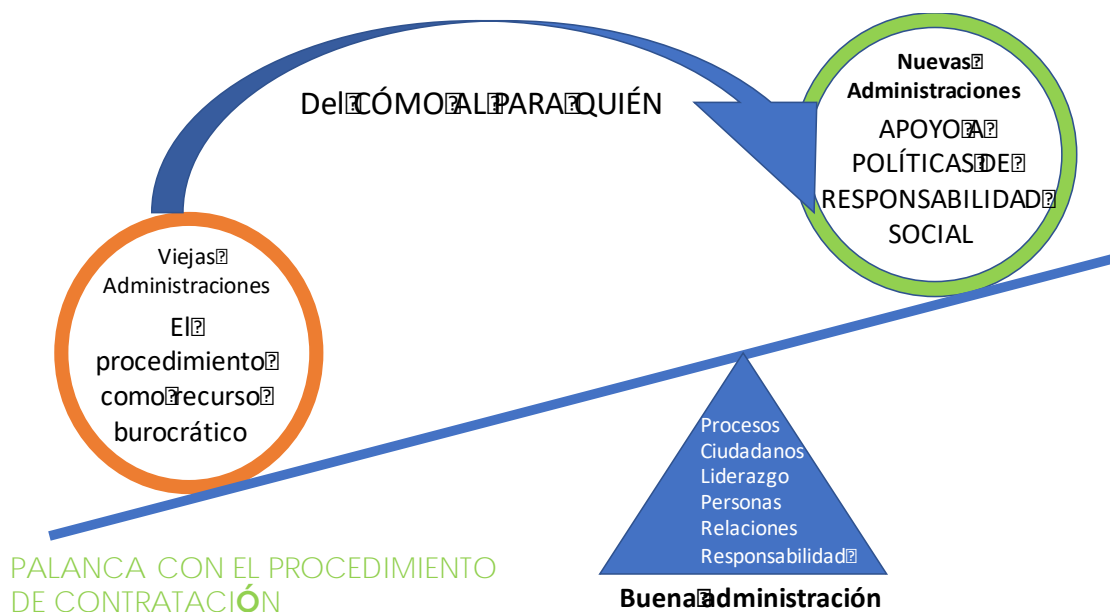


Ilustración 1. Palanca con el procedimiento de contratación.

Según esta representación, el procedimiento se hace más transparente y participado por los ciudadanos, dispuesto a conseguir unos impactos sociales compatibles con la seguridad jurídica y el principio de legalidad, como punto de partida y fin de la legitimación de las Administraciones Públicas<sup>8</sup>, sin perjuicio de su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, como recoge el artículo 103 de la Constitución Española de 1978.

Es preciso reconocer que, en general, partimos de una administración, prestadora de servicios, con una visión dominante de los aspectos legales-

<sup>8</sup> CARRILLO DONAIRE, J.A., "Buena Administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?" del libro *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, dirigida por SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Ed. La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. 1ª ed., noviembre 2010. Págs. 1.157 y ss.

garantistas que es preciso modular, sin contraponer, *«por otra más preocupada por la realización práctica del que se denomina las tres E: economía, eficacia, y eficiencia»*<sup>9</sup> consciente de su papel en la sociedad, de su visión socialmente responsable, que procura la mejora de la calidad de sus servicios para alcanzar la calidad de vida de sus ciudadanos. Y esta no es una cuestión menor, porque si realmente estamos convencidos del reto de cambio, será preciso dotarnos no tanto de instrumentos, dispositivos, metodologías y tecnología, sino de una nueva cultura de gestión, como la del cuento zen «la taza de té», que proclama la necesidad de vaciarse para poder llenarse de nuevo, impregnándose de nuevos conocimientos, pero sobre todo de actitudes y competencias orientadas a la satisfacción del bien común. Sólo de este modo, es posible hablar de estrategia social asociada a la contratación pública, lo demás es rigidez, jerarquía y estanqueidad organizativa, propias de una administración segura y reactiva, pero que carece de iniciativa y está mal posicionada ante los cambios sociales.

Para una norma convencional, especialmente diseñada para el sector privado productivo, prestacional y comercializador, como la ISO 9001:2015, el enfoque al cliente es el principal motor de la gestión de la calidad, *“es cumplir con los requisitos del cliente y tratar de exceder sus expectativas, necesarios para entender [...] las necesidades actuales y futuras de los clientes y otras partes interesadas”*. Este enfoque, el más reciente de la norma de 2015, ofrece ciertos paralelismos con los principios de buena administración expresados en el citado artículo 3 de la Ley 40/2015, tales como el servicio efectivo<sup>10</sup> a los ciudadanos, además de la participación, objetividad y

<sup>9</sup> LÓPEZ, J. y GADEA, A., “Una nueva Administración Pública. Estrategias y métodos para mejorar la calidad y la eficiencia del e-Gobierno”, IVAP, 2001, pág. 25.

<sup>10</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé. “La calidad como herramienta para conseguir un modelo eficiente de gestión pública...”. Como digo en este trabajo, *“la norma administrativa no define “servicio efectivo”, por lo que si hemos de interpretarlo por el adjetivo, diríamos que ha de ser real y verdadero, al que añadiría cumplible tanto desde el punto de vista de la Administración hacia el ciudadano y sus grupos de interés, ya sea la prestación de servicios o actuaciones de regulación de la convivencia, como desde su reverso, la relación del ciudadano con la Administración, facilitándole, por ejemplo, el acceso a los medios electrónicos. Parece cierto, que otros principios como la participación ciudadana, coadyuvan a la prestación de un servicio efectivo, pues nos ayudan a detectar sus necesidades y expectativas al tiempo que facilitan su colaboración, a través de múltiples instrumentos, tales como encuestas, redes sociales, buzones de quejas y sugerencias, recursos administrativos y otros canales verbales de detección “in situ” en forma de*

transparencia de la actuación administrativa, la simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos; siendo denominador común el cliente y el ciudadano, aunque puede que por motivos diferentes. En el sector privado, a fin de obtener el máximo beneficio sostenido en el tiempo; en la Administración Pública para legitimarse ante los ciudadanos, justificando su misma existencia como reguladora de la vida comunitaria en garantía de derechos y libertades, del bien común y, en especial, de la prestación de servicios de calidad capaces de corregir las imperfecciones del mercado<sup>11</sup>.

### 3. Qué es y en qué consiste la Responsabilidad Social en general

El término de Responsabilidad Social, en adelante RS, aparece en la década de 1970, y se centraba, según recoge la Guía de Responsabilidad Social<sup>12</sup>, en las actividades filantrópicas, tales como las obras de caridad. Otras materias, como los derechos humanos, el medio ambiente, la protección al consumidor, y la lucha contra el fraude y la corrupción, se han ido sumando con posterioridad.

En general, puede decirse, que la responsabilidad social de las empresas, en adelante RSE, es esencialmente un concepto con arreglo al cual deciden

*opinión, denuncia, reclamación, comentarios, o simplemente, desahogos de ciudadanos que no están dispuestos a escribir una línea, ya sea por barreras de tipo intelectual o por temor a salir del anonimato. Parece cierto, igualmente, que la finalidad perseguida por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, según declara su preámbulo, busca que los ciudadanos cuenten con servidores públicos que ajusten sus actuaciones a los principios de eficacia, austeridad, imparcialidad y, sobre todo, de responsabilidad, con los que se refuerza la efectividad buscada en la prestación del servicio. Y también, que la simplicidad y claridad, además de considerarse corolarios de la transparencia, son principios que contribuyen a la valorización del servicio, a su fidelización y a su utilidad, percibiendo a la Administración como una Entidad legitimada ante sus ciudadanos".* Págs. 45-46.

<sup>11</sup> De los tiempos del presupuesto boyante, de los servicios impropios, y de la externalización reactiva, poco apurada por el control de la ejecución del contrato; pasamos a otros, los actuales, en los que el concepto de utilidad para los ciudadanos, que debe primar en la misión de nuestras organizaciones, se traduce y afecta a la tipología de los servicios a prestar, ya sean reguladores de la convivencia o de autoridad (otorgamiento de licencias, seguridad ciudadana), ya sean de garantía de abastecimiento (agua potable, limpieza, mantenimiento de jardines, etc.) o de Bienestar Social (servicios sociales, deportivos culturales, educativos, etc.), estos últimos de interés para la iniciativa privada o para la pública, pero bajo premisas de rendimiento y enfoque a resultados.

<sup>12</sup> ISO 26000:2010 (E). "Líneas directrices relativas a la responsabilidad social". Organización Internacional de Normalización. Contiene los requisitos de un sistema de gestión de la responsabilidad social para organizaciones comprometidas con los principios y recomendaciones sobre responsabilidad social existentes.

voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio. Es así como la define el Libro Verde *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, de la Comisión Europea<sup>13</sup>. El mismo texto, se refiere a la conjugación entre la generación de beneficios y el logro de objetivos sociales y medioambientales, considerando la RS como *“inversión estratégica en el núcleo de su estrategia empresarial”*.

Por su parte, la Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la RSE<sup>14</sup>, recoge una nueva y amplia definición en su apartado 3.1, que puede resumirse como un proceso integrador de preocupaciones sociales, medioambientales y éticas, el respeto a los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores, incorporando una estrategia básica para maximizar la creación de valor compartido para sus propietarios/accionistas y demás grupos de interés o partes interesadas y prevenir circunstancias de riesgo adversas. Así, se afirma que *“una empresa o entidad es socialmente responsable cuando responde satisfactoriamente a las expectativas que sobre su funcionamiento tienen los distintos grupos de interés (stakeholders) que se relacionan con ella (trabajadores, clientes, proveedores, accionistas o inversores, consumidores, comunidad local en la que se ubica)”*. Ello lleva a declarar que, *junto con el puro interés económico, las empresas o entidades socialmente responsables también persiguen otros objetivos, de carácter social, laboral y medioambiental.*<sup>15</sup>

Pero, ¿qué es la RSE?, el Libro Verde la define en su apartado 20 como “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”, y matiza en el 21, que: “ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también

<sup>13</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro Verde*. “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, Bruselas, 18 de julio de 2001 COM (2001) 366 final.

<sup>14</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. COM(2011) 681 final, de 25.10.2011. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

<sup>15</sup> GALA DURÁN, Carolina. “Responsabilidad social empresarial, derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública de obras o servicios”. *Relaciones Laborales*, Nº 13, Sección Doctrina, Jul. 2010, pág. 713, tomo 2, Editorial Wolters Kluwer.



ir más allá de su cumplimiento invirtiendo más en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores”, sin que ello suponga, de ningún modo la sustitución de las normas reguladoras de los ámbitos social y medioambiental. Así lo entiende también la Guía de Responsabilidad Social, reconociendo que el cumplimiento de la Ley es una obligación fundamental para cualquier organización y una parte esencial de su RS<sup>16</sup>. La RSE, nos dice MOLINA NAVARRETE<sup>17</sup>, “implicaría un modelo de gestión que reclama la atención empresarial, como línea estratégica, para que desarrolle sus actividades económicas, comprometiéndose activamente con la mejora global de la comunidad en la que se insertan”.

La RSE tampoco resulta neutra, y lejos de lo que, a simple vista, puede parecer como un coste, es una inversión<sup>18</sup>, al redundar en una mejora de sus resultados, generando mayor crecimiento y beneficio.

#### **4. ¿Qué es la Responsabilidad Social para la Administración Pública?**

Pero, ¿y para la Administración Pública, qué es la RS?. ALFONSO SÁNCHEZ<sup>19</sup>, dice que *“es un compromiso voluntario que va más allá del cumplimiento de la legislación propia del nivel competencial y que gira en torno a la atención directa y/o indirecta de necesidades de los grupos de interés a través de un gobierno y Administración Pública transparente y responsable que contribuya a multiplicar*

<sup>16</sup> Guía de Responsabilidad Social: Apdo. 3,3,2 [...] *“La responsabilidad social también conlleva, sin embargo, acciones que van más allá del cumplimiento de las leyes y el reconocimiento de obligaciones no legalmente vinculantes para con otros. Estas obligaciones surgen de valores éticos y de otra índole, ampliamente compartidos”*

<sup>17</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “Las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”. *Revista del Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*. Núm. 302, 2008, págs. 3-64. El autor sostiene que, [...] *de este modo, el crecimiento económico y el beneficio, objetivos primarios de toda empresa, no irían en contra de la sociedad que la sostiene sino a su favor, por lo que al argumento económico -la RSC supone una clara ventaja competitiva para las empresas que la practican de modo estructural-, se añade otro de carácter netamente ético -la protección de los derechos laborales debe ser universal-.*”

<sup>18</sup> Idea que se extrae de la Estrategia EUROPA 2020. «Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador». Comunicación de la Comisión. COM (2010) 2020 final. Bruselas de 3 de marzo de 2010

<sup>19</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía. “Responsabilidad social y Administración Pública (1)”. *Diario La Ley*, Nº 7917, Sección Tribuna, 6 de Septiembre de 2012, Editorial Wolters Kluwer.

*la sostenibilidad colectiva; tanto económica, como social y ambiental.*”. Para MEDINA ARNÁIZ<sup>20</sup>, en línea con el Libro Verde citado, consiste en *“la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales más allá de sus obligaciones legales”*. Para MOLINA NAVARRETE<sup>21</sup> *“La responsabilidad social comienza allí donde termina la obligación legal”*. Y para BERNAL BLAY<sup>22</sup>, es *“establecer un nivel de compromiso con la protección de los intereses sociales más allá de los mínimos legalmente exigibles, cuando ello resulte posible, y no colisione con otros intereses también dignos de protección”*.

Detengámonos en este último inciso, de necesaria aclaración cuando nos referimos a la Administración Pública: ¿qué significa más allá de las obligaciones legales?. El artículo 103.1 de la Constitución Española, establece el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho. En palabras de SÁNCHEZ MORÓN<sup>23</sup> *“es la cláusula primordial del Estado de Derecho, la que sanciona, en una versión actualizada, el principio de legalidad de la Administración que, como puede entenderse, es la piedra angular de todo el Derecho administrativo desde su origen”*. Dice el profesor, que se ha querido subrayar que ninguna decisión política pueda adoptarse al margen de la Ley, en sentido formal, y del Derecho, como pluralidad de fuentes de producción normativa (tratados y convenios internacionales, directivas, decisiones,

<sup>20</sup> MEDINA ARNÁIZ, Teresa. *“Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad”*. *Actualidad Administrativa*, núm. 11, noviembre de 2013, Editorial Wolters Kluwer. Pág. 3.

<sup>21</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *“Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público”*, *CEF-Trabajo y Seguridad Social*, núm. 302/2008, pág. 6. La auténtica responsabilidad RSE, nos dice MOLINA NAVARRETE, *“comienza allí donde termina su obligación legal, aunque en la práctica este slogan responda más bien a un anuncio publicitario que a una realidad”*. El autor aboga por una RSE exigible, bajo ciertas condiciones, y cita como principales referentes los artículos 102 y 134 de la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, los artículos 128 y 131, en relación con los artículos 9.2 y 1.1 de la Constitución Española de 1978, y la Directiva 2004/18/CE.

<sup>22</sup> BERNAL BLAY, Miguel Ángel. *“Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia sobre «La nueva normativa de contratación pública como mecanismo para la reforma de la Administración Pública y la consecución de políticas públicas (sociales y medioambientales)»*

<sup>23</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *“Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho”*, del libro *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Director SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ed. LA LEY, 1ª edición: noviembre 2010. Págs. 55 a 72.

reglamentos, principios generales del derecho). Todo ello apuntaría en la dirección de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, de modo que únicamente podría realizar aquellas actividades que éste le permitiere, especialmente a considerar cuando la Administración ejerce potestades regulatorias, ordenadoras de la convivencia o sancionadoras. Sin embargo, el autor al que seguimos refiere que una vinculación positiva estricta no responde a la realidad práctica administrativa y tampoco se deduce de la Constitución, y matiza: “fuera de la reserva de ley, la Administración puede *adoptar iniciativas propias y llevar a cabo actuaciones que no hayan sido expresamente previstas por una ley previa, eso sí, siempre que estén dirigidas a cumplir su misión institucional de servicio a los intereses generales.*”. En este sentido, el artículo 25.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en adelante LBRL, dispone que “*el municipio para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, pueden promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal*”. Sobre la base de este precepto, la jurisprudencia entiende que no rige el elemento de vinculación positiva a la Ley de las Ordenanzas Locales que no infringen ninguna norma legal, como tampoco la posibilidad contemplada en el artículo 34.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP 2017, de que “*en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración*”. Por el contrario, MOLINA NAVARRETE<sup>24</sup>, entiende que “*el concepto [...] se ha revelado ambiguo, por cuanto está permitiendo que las empresas puedan afirmar que dan pruebas de responsabilidad social a la vez que violan la legislación local e internacional*”

Por tanto, cuando utilizamos la expresión “ir más allá de las obligaciones legales”, nos estamos refiriendo a la utilización de potestades reglamentarias, de

<sup>24</sup> El autor advierte que el modelo de RS puramente voluntario, se revela insuficiente, y refiere que sean los poderes públicos los que creen las condiciones para diseñar y aplicar un régimen jurídico que promueva y controle el desarrollo de modelos de organización y gestión, que sigan ese paradigma como factor estratégico en su actividad económica.

organización, de establecimiento de condiciones y requisitos de carácter contractual, no necesitadas de una habilitación legal y positiva previa<sup>25</sup>, porque no infringen la Ley en sentido formal y tampoco el derecho como contenido material extenso. Estas potestades, en el ámbito específico de la Administración Local, sirven para satisfacer necesidades y expectativas propias de los ciudadanos y otros grupos de interés, más allá de lo previsto en el ordenamiento jurídico, respetando, eso sí, otros principios tales como el interés público, y los de buena administración.

## 5. Dimensiones de la Responsabilidad Social

Tradicionalmente, se viene hablando de una dimensión interna, derivada de prácticas que afectan a los trabajadores, tales como inversión en salud y seguridad, formación, conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sistemas de equidad salarial, participación en beneficios, contratación de trabajadores vulnerables, mujer en sectores en los que está subrepresentada, y parados de larga duración. Igualmente de la gestión del impacto ambiental que supone el consumo de bienes y servicios y su derivada en forma de emisiones contaminantes<sup>26</sup>. Pero también de una dimensión externa, que habla de la reputación de la empresa en su ubicación y de la imagen de su empresario, ya que ésta influye en su competitividad. Y aquí se comprenden los derechos humanos, el reconocimiento de la lucha contra la corrupción y la elaboración de códigos de conducta compatibles con la normativa de cumplimiento. LORENZO DE MEMBIELA<sup>27</sup>, citando a Schvarstein, divide el concepto en dos apartados, un aspecto interno, *responsability* que refiere a la responsabilidad que la organización percibe hacia los miembros que la integran, y un aspecto externo,

<sup>25</sup> Aunque en algunos casos, como el de la Ley 15/2010, de 9 de diciembre, de responsabilidad social empresarial en Extremadura, se establecen expresamente, tanto del lado de una Administración que fomenta entre las empresas las buenas prácticas de RS, como del lado de las propias organizaciones públicas en su vertiente compradora, consumidora, inversora, empleadora y prestadora de servicios.

<sup>26</sup> Ya sean clorofluorocarbonos (CFC), monóxido de carbono (CO), dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), monóxido y dióxido de nitrógeno (NO y NO<sub>2</sub>), dióxido de azufre (SO<sub>2</sub>), metano (CH<sub>4</sub>), ozono (O<sub>3</sub>) y metales pesados, como plomo (Pb), cadmio (Cd) y mercurio (Hg).

<sup>27</sup> LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. "Gestión pública y sus modelos internacionales". *Actualidad Administrativa*, núm. 12, diciembre de 2013. Editorial Wolters Kluwer. Pág.5.

*accountability*, de rendición de cuentas que uno debe hacer ante otro u otros, debido a una obligación o compromiso asumido.

El Parlamento Europeo<sup>28</sup> integra en la RSE medidas referidas a la formación profesional, la conciliación de la vida familiar y laboral, y las condiciones laborales adecuadas, afirmando que sólo será viable si se respetan la legislación en vigor y las normas salariales locales, y pide a las empresas el estudio de iniciativas destinadas a crear y mantener puestos de trabajo para los jóvenes y las mujeres, con especial hincapié en *“las personas afectadas por múltiples desventajas, como los gitanos y discapacitados”*. Pero el Parlamento Europeo no se limita al ámbito de las empresas, sino que insta a las autoridades públicas a desempeñar un papel importante en la RSE<sup>29</sup>, también en el ámbito de la contratación pública, mediante convenciones e incentivos. En su considerando 60, reconoce el papel que la contratación pública debe desempeñar *“en la formación, la igualdad, el comercio justo y la integración social de trabajadores desfavorecidos y de personas con discapacidad, para incentivar a las empresas a incrementar su RSE, aunque no tiene clara la efectividad de estas medidas”*<sup>30</sup>. Aspecto éste de sumo interés, que veremos a lo largo de esta Memoria de Tesis, tratando de demostrar que el establecimiento de características sociales, ambientales y de innovación en los contratos públicos tiene efectos tangibles sobre la mejora de la relación calidad-precio de la prestación, e incide sobre una

<sup>28</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de febrero de 2013, sobre la responsabilidad social de las empresas: promover los intereses de la sociedad y un camino hacia la recuperación sostenible e integradora (2012/2097(INI)) (2016/C 024/07).

<sup>29</sup> CANOVAS GARCÍA, Juan de Dios, y MATEOS GARCÍA, José. *Responsabilidad Social Corporativa: más que un modelo de gestión, un reto para las Administraciones Públicas*. Año 2014. Escuela de Formación e Innovación de la Región de Murcia. Comenta el autor: *“de hecho, son varias las razones por las que la Administración local impulsa iniciativas de promoción de la Responsabilidad Social Empresarial, entre ellas: la mayor proximidad y conocimiento del territorio, fin de la propia administración local, papel catalizador de las voluntades de los actores del territorio, basado en una cultura de corresponsabilidad.”*

<sup>30</sup> Dice el Parlamento Europeo: *“sigue sin estar claro en qué medida las autoridades públicas han adoptado realmente las sucesivas modificaciones de la normativa europea en materia de contratación pública y qué impacto global se ha logrado en cuanto a la mejora del comportamiento social y medioambiental de las empresas y al impulso de la RSE; pide que se realicen más investigaciones y evaluaciones de impacto que se traduzcan en unas recomendaciones claras para ofrecer incentivos fácilmente comprensibles a las empresas; pide que esto incluya un análisis de la práctica, cada vez más habitual, de las empresas de incorporar cláusulas de RSE en sus propias adquisiciones privadas, es decir en contratos entre empresas, y pide que se determinen las buenas prácticas en este ámbito”*.

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, más allá de una mera afirmación tautológica del legislador en el artículo primero de la LCSP 2017.

De nuevo, el Parlamento Europeo<sup>31</sup> considera que “la inclusión de la RSE en una estrategia empresarial sostenible redundaría en interés de las empresas y de la sociedad en su conjunto, y comparte el objetivo de atribuir mayor importancia a los aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública; sugiere en este contexto la eliminación del criterio de adjudicación al precio más bajo y una mayor responsabilidad en la cadena de subcontratación”.

Con anterioridad, según cita MOLINA NAVARRETE, la Subcomisión creada en el Parlamento español, relativa a la promoción RSE, dice que *“la compra y contratación públicas, deben ser claras herramientas para el impulso de la RSE, enviando señales al mercado de que serán reconocidas y premiadas las empresas que brindan a la sociedad un valor adicional en materia ambiental y/o social”*

La Estrategia española de RSE elaborada por el Gobierno Central<sup>32</sup>, se refiere a ella como un *“instrumento eficaz para el cumplimiento de los principios de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado en esta materia”*, y no se limita sólo a la empresa, sino también a la Administración Pública, para que actúen de tractor hacia la transformación social y económica<sup>33</sup>,

<sup>31</sup> Resolución de 6 de febrero de 2013, sobre responsabilidad social de las empresas: comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible (2012/2098(INI)).

<sup>32</sup> MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. GOBIERNO DE ESPAÑA. «Estrategia española de responsabilidad social de las empresas. Estrategia 2014–2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora». Aprobada por el Consejo de Ministros, el día 24 de octubre de 2014. Pág.4

<sup>33</sup> GALA DURÁN, Carolina. “Responsabilidad social empresarial, derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública de obras o servicios”. Dice la autora que *“en definitiva, se pretende utilizar la “influencia” que pueden ejercer las grandes empresas y las Administraciones Públicas como contratantes para trasladar, principalmente, a las PYMES la RSE; empresas que son especialmente reticentes -más incluso en momentos como los actuales- a las políticas de RSE. La autora, destaca la importancia de la Comunicación de la Comisión Europea de 2 de julio de 2002, relativa a La responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible”, situándola “especialmente en el convencimiento de que las Administraciones Públicas, incluida la propia Comisión, deben integrar los principios de responsabilidad social en sus propios sistemas de gestión y en las relaciones con sus interlocutores, inclusive en sus propios procedimientos de contratación pública”*. Por su parte,

prestando atención a su propio funcionamiento y modelo. Esta estrategia conecta, a través de sus objetivos de generación de empleo, creación de empresas competitivas, administraciones públicas más eficientes, y potenciación de programas que impulsen la credibilidad internacional y la competitividad de la economía española, junto a la sostenibilidad y la cohesión social, con los objetivos de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

La Estrategia Española destaca el papel que las Administraciones Públicas pueden desempeñar en el modelo de emprendimiento y mantenimiento del tejido empresarial, llamando la atención sobre las posibilidades de incorporar cláusulas sociales y medioambientales en la contratación pública, respetando tanto la vinculación de las mismas al objeto del contrato, como los principios de proporcionalidad y no discriminación, siempre presentes en el juego de valores públicos, tales como la libre concurrencia en competencia, gregaria del principio originario del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea de libre establecimiento, y los principios generales del desarrollo humano<sup>34</sup> implícitos en el proceso de contratación. La idea ha sido expresada por RAMOS<sup>35</sup> diciendo que *“más allá del hipotético conflicto entre los principios de libre competencia a los que queda sujeta la contratación administrativa y las exigencias a los poderes públicos para que actúen como garantes del interés general”*, entendido *“como criterio orientador de las políticas públicas”*, según describe ACOSTA<sup>36</sup>, se

MAÚJO DE LUIS-CONTI, Benigno y RAMOS FERNÁNDEZ, María Eugenia. “La Responsabilidad social en la Administración Pública”. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, marzo de 2015, pág. 23. Comentan los autores que *“la mayoría de las iniciativas supranacionales en el campo de la gestión socialmente responsable contemplan a la Administración más en su papel de promoción y de regulación, que como agente activo que aplica la RS en sus propias actuaciones”*

<sup>34</sup> PINTOS SANTIAGO, JAIME. *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*. INAP Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid 2017. Pág. 280 y ss. Principios que *“se encuentran en el marco del primero de los principios generales del Derecho y, por tanto, también del Derecho Administrativo y del Derecho de la Contratación Pública, y, como parte que es de todos los anteriores, el derecho a la vida.”*

<sup>35</sup> RAMOS, Alfredo. “Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el RDLeg. 3/2011”. *RCAP* 119, Mayo 2012, Editorial Wolters Kluwer. Pág.1.

<sup>36</sup> ACOSTA, Pablo. “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”. 25/02/2016 Estudios y Comentarios. “La Administración al día”, *INAP*. Artículo publicado en el núm. 41 de la Revista General de Derecho Administrativo (*Iustel*, 2016). *“el concepto de interés general resulta indisoluble de la concepción del propio Estado. La idea esencial en la construcción del Estado es el servicio a los ciudadanos. El Estado democrático, en la concepción parlamentaria europea, asume de forma necesaria el monopolio de la autoridad y el uso de la fuerza para el cumplimiento del Derecho con una finalidad única, que es satisfacer los intereses*

*encuentra la necesidad de que la Administración aproveche su actividad como poder contratante para fomentar la responsabilidad social”.*

Para ello, se adoptan medidas que implican: velar por el cumplimiento de los principios de RSE en toda la cadena de suministro, animando a las empresas a transmitir sus modelos de gestión responsable; instar a las administraciones públicas a que adapten sus criterios de solvencia técnica y económica en los procedimientos de licitación pública, al fomento del emprendimiento; y a la incorporación de criterios sociales, ambientales, de derechos humanos y éticos en las licitaciones y adquisiciones públicas vinculados al objeto del contrato.

Son múltiples los ejemplos de desarrollos legales en España sobre RSE. Así, destacan:

- La Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, contempla en su Título VII la realización voluntaria de acciones de RSE en materia de igualdad, incluyéndose el fomento de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles;
- La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que dedica el Capítulo VI a la promoción de la RSE, introduciendo la adopción de un conjunto de indicadores para la autoevaluación, que atenderán a los objetivos de transparencia en la gestión, buen gobierno corporativo, compromiso con lo local y el medioambiente, respeto a los derechos humanos, mejora de las relaciones laborales, promoción de la integración de la mujer, de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, de la igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y del consumo sostenible. Su Disposición Final trigésima primera, establece que reglamentariamente se desarrollarán las condiciones para la difusión de la información sobre el uso de criterios

*generales, proporcionar a los individuos lo que estos no pueden procurarse por sí mismos [...].*  
Pág.8.



sociales, medioambientales y de buen gobierno en la política de inversión de los fondos de pensiones.

- La Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, apodera al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en el marco de sus competencias en materia de RSE, para formalizar la adhesión a la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016, de entidades públicas y privadas destacadas en la reducción del desempleo juvenil.
- La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, declara en su Disposición adicional séptima que el Gobierno incorporará al sector público estatal en el Plan Nacional de Responsabilidad Social Corporativa.

Otros modelos de gestión, no propiamente públicos, aunque asumidos por algunas Administraciones innovadoras, como EFQM<sup>37</sup> 2013, en su criterio 8 “Resultados en la Sociedad”, propugna un enfoque ético de actuación, siendo transparentes y responsables con la sociedad, planificando y desarrollando una mayor sensibilización ambiental en la ciudadanía, a través de la colaboración con distintas organizaciones sociales en proyectos mutuamente beneficiosos.

También la Guía de Responsabilidad Social<sup>38</sup>, anticipando ya en su introducción que “*el objetivo de la responsabilidad social es contribuir al desarrollo sostenible [...] sobre la base del creciente reconocimiento de la necesidad de asegurar ecosistemas saludables, equidad social y buena gobernanza de las*

<sup>37</sup> EUROPEAN FOUNDATION FOR QUALITY MANAGEMENT, EFQM (Fundación Europea para la Gestión de la Calidad).

<sup>38</sup> Dice MOLINA NAVARRETE, en “Las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, pág. 11, que “*la necesidad de promover una diferente «filosofía», la propia de la certificación que orienta a las normas de la serie ISO -prima el enfoque de atención «al cliente» (interno y externo), la participación y el compromiso de todos, la gestión centrada en procesos, y la mejora continua-, llevaría a adoptar esta Norma, que no tendría más diferencia en lo sustancial con las típicas ISO que la finalidad perseguida: está orientada a asegurar condiciones de trabajo decentes- trabajo digno: saludable, seguro, iguales condiciones para todos, respetuoso con los derechos humanos en general-, dentro del contexto de una global gestión ético-social, utilizando acciones correctoras, preventivas y auditables por terceras partes*”.

organizaciones, afirma que *“tanto la percepción que se tenga acerca del desempeño de una organización en materia de responsabilidad social, como su desempeño real pueden influir, entre otras cosas en:*

- su ventaja competitiva;*
- su reputación;*
- su capacidad para atraer y retener a trabajadores o miembros de la organización, clientes o usuarios;*
- mantener la motivación, compromiso y productividad de los empleados;*
- la percepción de los inversores, propietarios, donantes, patrocinadores y la comunidad financiera, y*
- sus relaciones con empresas, gobiernos, medios de comunicación, proveedores, organizaciones pares, clientes y la comunidad donde opera”.*

Y cita, como principios de RS, la rendición de cuentas, la transparencia, el comportamiento ético, el respeto a los intereses de las partes interesadas, el respeto al principio de legalidad, el respeto a la normativa internacional de comportamiento, y el respeto a los derechos humanos.

## **6. ¿Es la Responsabilidad Social consustancial a los propios fines de la Administración?**

Una vez aclarados los límites de legalidad en la RS de las administraciones públicas, todavía nos queda por ver el alcance de la misma en el marco de las organizaciones públicas o, lo que es lo mismo, si puede darse la RS en las Administraciones públicas. En este sentido, bien podría ponerse el foco en la amalgama de servicios y prestaciones de contenido social y medioambiental que aquéllas realizan, todos ellos de un claro interés público, que producen un retorno para la Administración productora de carácter reputacional, muy ligado a la satisfacción que experimenten los ciudadanos, usuarios y contribuyentes beneficiarios. Podríamos considerar entonces que ¿la RS es consustancial a los propios fines de la Administración Local, entendidos como aquéllos que contribuyen a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal,

como se expresa en la LBRL, y que en parte no se registra ese plus que rebosa, sin menoscabarla, el mero cumplimiento de la Ley?. Pues en parte sí, si nos referimos a los beneficios indirectos o de dimensión externa, puesto que para lo que una organización privada se trata de actividades complementarias a una principal, constitutiva de su objeto social, para una administración, por ejemplo la local, la prestación de la mayoría de sus servicios, especialmente cuando estos tienen la consideración de correctores de las imperfecciones del mercado, tales como servicios sociales, sanitarios, culturales y deportivos, educativos, y medio ambiente urbano, forman parte de su contenido competencial sustantivo. Es en este sentido como puede afirmarse, con MOLINA NAVARRETE, que para las Administraciones Públicas la RS no es una opción, sino consustancial a ellas.

Y en parte no, porque otro tipo de servicios, que también forman parte de su contenido básico competencial, como el tráfico, la seguridad ciudadana, el urbanismo, el abastecimiento de agua potable, la recogida de residuos, o las infraestructuras, con independencia de que la administración local ejerza su autoridad para conciliar intereses, a veces contrapuestos, o la garantía de abastecimiento; carecen de esa proyección, que como en el caso de los anteriores, de carácter social, fusiona servicio principal o básico y compromiso social adicional.

Pero entonces, cabe preguntarse si también a las Administraciones, en general, y la local, en particular, les queda recorrido para la implantación de una RS adicional a la propia y consustancial de sus servicios sociales, culturales, deportivos, medioambientales, éticos o de justicia social, en el marco de un criterio de vinculación positiva, cuando éste no se aplica al ejercicio de potestades públicas de regulación<sup>39</sup>, como hemos señalado. La respuesta ha de

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ DE LA GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. Cap. I “La progresiva integración del medio ambiente en la actividad contractual y convencional de las Administraciones Públicas” del libro “Las cláusulas ambientales en la Contratación Pública”, Director: GALÁN VIOQUE, Roberto. Ed. Universidad de Sevilla. Instituto García Oviedo, 2018. Dice el autor que *“en algunas ocasiones los Poderes Públicos y las Administraciones Públicas, por razones variadas, no intervienen directamente sobre la sociedad y el mercado, haciendo uso de sus potestades administrativas, sino mediante otros instrumentos que tratan de que los ciudadanos y las empresas cumplan las previsiones normativas y los objetivos públicos prácticamente de forma voluntaria, y asumiendo que tal forma de actuación es beneficiosa para ellos mismos”*. Pág. 24.

ser afirmativa<sup>40</sup>, pues además de la búsqueda de beneficios directos, que inciden sobre la motivación de las personas a su servicio, han de buscarse otros indirectos reputacionales tales como los instados por el Parlamento Europeo para la introducción de cláusulas sociales y ambientales en la contratación que la refuerzan como Administración Pública<sup>41</sup>, complementando su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Objetivos que son igualmente de aplicación para la contratación de servicios<sup>42</sup>, que por sí solos pueden considerarse actos de RS (los que corrigen imperfecciones del mercado) como los que sin aportar esta condición forman parte del contenido básico prestacional de las administraciones locales.

Ciertamente que, la RS de las Administraciones Públicas es más amplia que la derivada de la mera inclusión de características sociales, ambientales o de innovación<sup>43</sup>, y que incluso relacionado con estas materias están las políticas

<sup>40</sup> Así lo entiende también CANYELLES, J.M. “Responsabilidad social de las administraciones públicas”. *Revista de Contabilidad y Dirección*. Vol. 13, año 2011, pp. 77-104, cuando dice: “*si hace unos pocos años el concepto de responsabilidad social del sector público se hacía extraño y recibía respuestas de incompreensión, entendiendo que las instituciones públicas ya «eran del interés público», ahora se empieza a valorar que no hay bastante con hacer las cosas bien desde un punto de vista normativo y de calidad sino que las maneras como se procede tiene impactos económicos, sociales, ambientales, laborales y reputacionales que hay que gestionar porque también forman parte del interés público y de la responsabilidad que las instituciones han de asumir ante el conjunto de la sociedad*”.

<sup>41</sup> MAÚJO DE LUIS-CONTI, Benigno y RAMOS FERNÁNDEZ, María Eugenia. “La Responsabilidad social en la Administración Pública”. *Universidad Pontificia de Comillas*. Madrid, marzo de 2015, pág. 35. Refieren los autores que “*la introducción de estas cláusulas (se refiere a las de carácter social en la contratación pública), presenta ventajas como el refuerzo de la legitimidad de la Administración que las practica, ante los ciudadanos y los agentes sociales.*”

<sup>42</sup> MIRANZO DÍAZ, Javier. “La contratación pública como motor de cohesión social tras la Ley 9/2017”. *GABILEX*, núm. Extraordinario marzo 2019. Págs. 207 y ss. Observa que “*los contratos públicos, como política pública que “de facto” son, deben contribuir a construir una realidad más humana y una mejor sociedad para la población; y ello debe ser hecho diseñando técnicas contractuales centradas en la dignidad humana, a los que van intrínsecamente unidos los valores de cohesión social. La inclusión de criterios sociales es, así, un gran paso adelante en la legitimación democrática de la contratación pública, ya que contribuye enormemente a su fin último, que no es otro que la satisfacción del interés general, [...] (BARNARD, C. “To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement”. *Industrial Law Journal*, vol. 46, nº 2, 2017, pp. 208-244.)*

<sup>43</sup> CANYELLES, J.M., “Responsabilidad social de las administraciones públicas”. Se refiere el autor a los distintos caminos que están llevando a las Administraciones Públicas a la RS, ya sean los modelos de gestión interna, el contexto empresarial, los procesos de diálogo con las partes interesadas, el estilo político y de dirección, etc. Así, cita los modelos de gestión, como EFQM, que contempla la RS como elemento motivador interno. Pero también los Planes estratégicos, las cartas de servicios o las Agendas 21. Sin embargo, apunta, como causa más profunda la necesidad de abordar la gestión del cambio. Finalmente, apunta algunas líneas de desarrollo haciendo especial mención a las cláusulas sociales cuyos beneficios concreta en: ganancia para todas las partes implicadas, legitimidad para la administración pública ante la ciudadanía y los agentes sociales, fomento de la transversalidad, la cooperación, la transparencia y la

activas de carácter sectorial, relativas al empleo y sostenibilidad, que requieren de ámbitos de gestión propios, con un mayor recorrido que el que pueda aportar la contratación pública, pero tampoco lo es menos que, desde la limitación propia de un canal indirecto como éste, se contribuye a ensanchar el campo de aquéllas políticas, propiciando la extensión de requisitos de la relación contractual a los proveedores y subcontratistas, obligándoles a internalizar, de manera responsable, los costes de la adopción de medidas para mitigar los impactos del consumo en el medio ambiente. Quizá, como señala BERNAL BLAY<sup>44</sup> *“pueda hablarse por ello, de una responsabilidad social de la contratación pública”* o, mejor todavía, de una responsabilidad social a través de la contratación pública<sup>45</sup>, donde ésta se comporta como mero instrumento o herramienta al servicio de las compras públicas, manteniendo un equilibrio entre la eficiente utilización de los fondos públicos y la consecución de beneficios indirectos para el órgano de contratación, de carácter social, medioambiental y de innovación; sin perder de vista las necesarias cautelas respecto a modelos basados fundamentalmente en la introducción de cláusulas sociales, códigos éticos y memorias de sostenibilidad si, como dice CANYELLES<sup>46</sup>, *no se puede garantizar que estas iniciativas tienen la calidad y profundidad que las sitúe ciertamente en el campo de la gestión de la RSC y no en meras herramientas formales o comunicativas*”. Por su parte, el profesor GIMENO FELIU<sup>47</sup>, señala que hay que hablar de *«necesarios equilibrios entre lo social, la calidad, la competitividad y la mejor transparencia y la necesidad de innovar»*, sin olvidar

corresponsabilidad, complemento de políticas públicas, generación de tracción para otras administraciones y agentes, coste nulo o muy bajo, mejora de la calidad de vida del territorio y fomentan la competitividad territorial.

<sup>44</sup> BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la ley 30/2007”.

<sup>45</sup> Si bien, como indica PINTOS SANTIAGO, Jaime, en el libro *Contratación del Sector Público Local*. El Consultor de los Ayuntamientos, 4ª Ed., en su comentario al artículo 1 de la LCSP 2017, págs. 51-59, *«se omite pues la responsabilidad social corporativa que más que a nadie le corresponde sea exigida a los poderes público, la responsabilidad social y medioambiental como pórtico también del Derecho de la Contratación Pública [...]»*

<sup>46</sup> CANYELLES, J.M., “Responsabilidad social de las administraciones públicas”, pág. 18.

<sup>47</sup> GIMENO FELIU, J.M., en su artículo “La Contratación Pública en los contratos sanitarios y sociales”, publicado en *El Observatorio de Contratación Pública*, consultado en Internet: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.497f7292d168ee3904cbcc66bc78cf2f>, dice: *“sin embargo, la perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta. [...] Y aquí la eficiencia no puede ser interpretada desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio”*.

«*la eficiencia y la estabilidad presupuestaria*». En términos similares, MORENO MOLINA<sup>48</sup>, “*la política del mercado interior puede compaginarse con la consecución de otros objetivos fundamentales de la Unión Europea y de los Estados miembros, como son los de política social*”<sup>49</sup>; RODRÍGUEZ ARANA<sup>50</sup>, que destaca el “*equilibrio entre sensibilidad social, libertad económica y rigor jurídico*”; o MEDINA ARNÁIZ<sup>51</sup>, que siguiendo la jurisprudencia del TJUE, habla de la búsqueda del necesario equilibrio “*que no desnaturalice los objetivos propios de la normativa contractual, ni quiebre los principios que rigen la adjudicación contractual, en especial, los principios de igualdad de trato, proporcionalidad, transparencia y no discriminación.*”

## **7. Beneficios de la integración de la Responsabilidad Social en las Organizaciones Públicas. Buenas prácticas.**

Recordemos que el Libro Verde *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, de la Comisión Europea<sup>52</sup> se refiere a la conjugación entre la generación de beneficios y el logro de objetivos sociales y medioambientales. Conceptualmente el término “beneficio” ha de interpretarse en sentido lato, y sobre la base de la Guía de Responsabilidad Social<sup>53</sup>, podemos citar numerosos beneficios potenciales para una organización en

<sup>48</sup> MORENO MOLINA, José Antonio. “*Los principios generales de la Contratación de las Administraciones Públicas*”, Editorial Bomarzo, 2006, págs.72 y ss.

<sup>49</sup> VILLACRESES VALLE, Jaime A. “Prestaciones públicas socialmente responsables”, en la obra conjunta *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, Dtor. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, Instituto Nacional de Administración Pública INAP 2017, se refiere al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado el 25 de marzo de 1957, y cita su artículo 2, que establece que “*la Comunidad tendrá por misión promover un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.*”. Pág. 347.

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “Cap. I Introducción: La contratación del sector público y las reformas administrativas”, del libro *Contratación Pública Estratégica*. Director PERNAS GARCÍA, J. José. Ed.Aranzadi, S.A. 2013, pág. 32.

<sup>51</sup> MEDINA ARNÁIZ, Teresa, Cap. 8, “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”, del libro *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Director GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>, coordinadora DE GUERRERO MANSO, M<sup>a</sup> del Carmen, Thomson Reuters Aranzadi, primera edición 2019. Pág. 270.

<sup>52</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. “Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.

<sup>53</sup> Guía de Responsabilidad Social.

general, tales como: tomar decisiones más fundamentadas, mejorar las prácticas de gestión del riesgo, aumentar la reputación, apoyar la licencia social para operar, generar innovación, mejorar la competitividad, aumentar la participación, motivación y retención de los empleados, mejorar la salud y la seguridad, aumentar la productividad y eficiencia de los recursos, etc.

Ya en el ámbito público, VILLACRESES VALLE, distingue entre distintos beneficios para el Estado procedentes de la Contratación Pública socialmente responsable, y cita la reducción del gasto público en subvenciones, bonos de solidaridad y pensiones, así como el incremento de ingresos procedentes de la creación de empleo, demostrándose como dice: *“habilidades de gobernanza sensibles a los aspectos sociales”*

En parecidos términos, ANDRÉS PÉREZ<sup>54</sup>, considera la existencia de un beneficio económico claro derivado de la inclusión de los aspectos sociales en el objeto de los contratos. Aduce, que por el mismo precio, o un poco más, se obtienen los mismos bienes y servicios, más el beneficio social, más el ahorro en otras políticas sociales, más el incremento del número de cotizantes y de la tributación en renta. Concluye que *“es una cuestión aritmética, con resultados en progresión geométrica”*. Sin poner un “pero”, por el momento, a esta afirmación, más adelante analizaremos la relación existente entre la eficiencia y el establecimiento en las contrataciones públicas de características sociales, medioambientales o de innovación.

Algunos de estos beneficios que comentamos han sido recogidos en planes, programas, memorias e instrucciones y constituyen ejemplos vigentes de compromisos socialmente responsables del Sector Público. Por ámbitos territoriales y sectoriales, deben citarse los siguientes:

<sup>54</sup> ANDRÉS PÉREZ, M.Rocío. Observatorio de Contratación Pública. Visto en Internet en la dirección:  
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.246/relcategoria.208/relmenu.3/chk.58b948e3dd6f6ab8a6cde982331f44e1>

1. A nivel estatal: “La Responsabilidad Social en la Administración General del Estado<sup>55</sup>”. Recoge en el apartado 3 “Buen Gobierno” una referencia a la Contratación Pública socialmente responsable, indicando que se han incluido las denominadas “cláusulas sociales” en los pliegos de contratación, para facilitar el acceso a los contratos públicos por parte de distintos colectivos, y en particular, de las personas con discapacidad.
2. A nivel de sector público estatal: la Memoria de RS del INAP<sup>56</sup>, que recoge sus tres compromisos principales: *“el ejercicio profesional responsable de sus miembros, la excelencia en la gestión de sus recursos y la promoción de estos valores y esfuerzos a través de los actores con los que se relaciona el INAP. [...] resultando de especial interés la participación de las personas con discapacidad en el ámbito laboral público [...]»*. Considera igualmente que la diversidad debe formar parte del núcleo central de la estrategia para conseguir el bien común, y trata de hacerlo a través de la igualdad de trato y la no discriminación, a sabiendas de que no sólo se mejora el clima grupal interno sino que aumenta la reputación de la organización, su visibilidad y las relaciones con otros agentes. Así, partiendo de sus competencias básicas de formación de empleados públicos, se compromete con la realización de cursos sobre cláusulas sociales en la contratación pública, jornadas de diálogo con proveedores de la Administración y de compra pública responsable e innovadora.
3. A nivel local: Plan de Mejora *“Caminando hacia un sistema de responsabilidad social municipal: las contrataciones social y verde y su incidencia en la mejora de la calidad en el empleo y el medio ambiente sostenible”*<sup>57</sup>, aprobado por el Ayuntamiento de Logroño, Junta de Gobierno

<sup>55</sup> “La Responsabilidad Social en la Administración General del Estado”. Memoria-Informe sobre prácticas socialmente responsables 2013”.

<sup>56</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (INAP). *Memoria Anual de Responsabilidad Social*. Año 2015.

<sup>57</sup> Consultado en Internet:

<https://sedeelectronica.logrono.es/wps/wcm/connect/2e7c7e004b3c2e38a119bd1fd4246ce3/Plan+de+mejora+2015+-+Sistema+de+responsabilidad+social+municipal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2e7c7e004b3c2e38a119bd1fd4246ce3> (fecha de última consulta 17 de agosto de 2017).



Local, en sesión ordinaria de 18 de septiembre de 2015. El Plan persigue tres objetivos básicos:

- 1) Velar por el ajuste a la normativa laboral y mantenimiento de las condiciones de trabajo de los muchos empleados al servicio de las empresas contratistas municipales, por la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, evitando ser discriminada, y por la generación de empleo para las personas más vulnerables, en especial para personas con discapacidad.
- 2) Impulsar la introducción de buenas prácticas de conservación del Medio Ambiente, como la Compra Pública Ecológica (CPE), de acuerdo con lo previsto en la normativa comunitaria, capaces de activar sinergias en el desarrollo de tecnologías ambientales, garantizando al mismo tiempo el uso eficiente de los recursos.
- 3) Contribuir a la construcción de un sistema de responsabilidad social que devuelva a la Sociedad una buena parte de lo conseguido con su esfuerzo económico, mediante la mejora de la calidad de vida de las personas.

Instrucción para la Contratación Pública Responsable del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz<sup>58</sup>, que incorpora criterios ambientales y sociales en la gestión de instalaciones públicas (gestión de agua, energía, papel, residuos...), a través de planes de mejora ambiental y energética de las instalaciones municipales, o la introducción de criterios sociales y medioambientales en la contratación municipal.

<sup>58</sup> Instrucción para la contratación socialmente responsable y sostenible del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, 2016. Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. Departamento de Políticas Sociales.

Memoria de RSC del Ayuntamiento de Huesca<sup>59</sup>. Su apartado 4 “Proveedores”, se refiere a la transparencia como argumento clave para una gestión responsable en materia de proveedores, y recoge la puesta en marcha del Observatorio de la contratación, con el fin de potenciar una mejora en los procesos y en los servicios públicos. Entre las funciones de este órgano destaca la aprobación de una recomendación con el listado de cláusulas sociales, medioambientales, de género o cualquiera otra que, de conformidad con la legalidad, pueda introducir el órgano de contratación.

Plan de Responsabilidad Social de la Diputación de Barcelona. El conjunto de actuaciones las lleva a cabo en ejes y líneas estratégicas, teniendo en cuenta las cinco dimensiones de la RS: buen gobierno, mejora de los aspectos laborales, protección del medio ambiente, dinamización de los entornos económicos locales y fomento de la igualdad de oportunidades y bienestar social, a través de la cultura, el deporte, la salud y la educación, para garantizar la cohesión social<sup>60</sup>.

4. A nivel autonómico: Ley 15/2010, de 9 de diciembre, de responsabilidad social empresarial en Extremadura. Distingue cinco facetas de su actividad, como consumidora, inversora, contratante, empleadora y prestadora de servicios. De todas ellas, nos interesa destacar dos, la contratante y la consumidora. La primera, por la asunción de obligaciones relativas al establecimiento de condiciones especiales de ejecución que versen sobre aspectos de tipo medioambiental, de tipo social, de promoción del empleo, de personas con dificultades para la inserción en el mercado laboral, de eliminación de desigualdades entre el hombre y la mujer, y otras previstas en el artículo 102 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Igualmente, se refiere a otras características menores, tales como preferencias en la adjudicación y reserva de contratos. La segunda,

<sup>59</sup> AYUNTAMIENTO DE HUESCA. “Memoria de responsabilidad social corporativa”. Visto en Internet, el día 21 de agosto de 2018, en la siguiente dirección:  
[http://www.huesca.es/\\_archivos/ficheros/desarrollo\\_5073.pdf](http://www.huesca.es/_archivos/ficheros/desarrollo_5073.pdf)

<sup>60</sup> Plan Director de RSC de la Diputación de Barcelona. Visto en Internet en la siguiente dirección:  
<https://www.diba.cat/es/web/rsc/actuacions-rsc>

por el plan de equipamiento y uso eficiente de la energía en sus edificios administrativos, a los efectos de cumplir los objetivos fijados en la Directiva 2006/32 CE, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos. Este Plan establece la obligación de realizar una gestión energética de los edificios, incluyendo el seguimiento de consumos y sustitución de electrodomésticos de bajo etiquetado energético; así como la eliminación de papel en los procedimientos administrativos, y la adquisición de productos que incorporen el distintivo de “comercio justo”.

Igualmente, cabe citar el Plan de Responsabilidad Social Corporativa 2016-2018 de la Generalitat de Catalunya, Departamento de Salud<sup>61</sup>, basado en diez compromisos de obligatorio cumplimiento para el personal del ICO, que incorporan diversos códigos de actuación entre los que se encuentra el de buenas prácticas en la contratación pública, según el cual persigue la satisfacción del interés público actuando con la máxima transparencia posible.

<sup>61</sup> GENERALITAT DE CATALUNYA, Departament de Salut. ICO Institut Català d'Oncologia. Pla de Responsabilitat Social Corporativa 2016-2018

## **CAPÍTULO II. La contratación pública como herramienta para la provisión de bienes y servicios, y de necesidades sociales.**

Tradicionalmente, la contratación pública española se ha considerado como un procedimiento administrativo cuya finalidad, acorde con las normas administrativas que lo han regulado, ha sido la provisión de bienes y servicios, con los que las Administraciones Públicas han podido realizar la prestación de servicios públicos. En este sentido, los principios clásicos de la contratación pública buscan que la adjudicación sea legal y oportuna, garantizando los derechos de los licitadores como interesados en el procedimiento, según consideración propia de un modelo organizacional de corte burocrático anclado a la seguridad del procedimiento<sup>62</sup>.

Pero también, como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA, y T.R. FERNÁNDEZ,<sup>63</sup>, al estudiar los presupuestos del procedimiento y preparación del contrato en la normativa tradicional, que arranca del Real Decreto de Bravo Murillo, de 27 de febrero de 1852, existen dos preocupaciones fundamentales íntimamente ligadas: de una parte, *“las de orden financiero y de control del gasto público [...] de otra, la de asegurar la libertad de concurrencia, que no es sino una aplicación particularizada del principio de igualdad ante la Ley y que tiene su expresión en la publicidad de la contratación y en los distintos sistemas de selección del contratista.”* Con ello, se trata de perseguir la satisfacción del interés público, implícito en la obra que demanda el interés general, el servicio público en las condiciones que, en cada momento, exija la demanda ciudadana, o de facilitar, como dicen los autores, *“las cosas muebles que ha menester”*. Por su parte,

<sup>62</sup> De los principios garantistas nos habla CUÉLLAR, Eloy, en la Ud.didáctica 1 “Modernización de la gestión pública. La calidad como estrategia de modernización”, del I Máster en Liderazgo y Dirección Pública del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP), como principios clásicos de la Administración contemporánea, tales como la legalidad como cauce, la igualdad como límite, la equidad como principio, la diversificación como estrategia, la objetividad como marco, y la continuidad como garantía de estabilidad, frente a los principios post-garantistas, basados en la transparencia, la participación, la economía-eficacia-eficiencia, y la responsabilidad.

<sup>63</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, S.A., Tercera Edición, 1979, pág. 598.

COLÁS TENAS<sup>64</sup> explica que *“desde ese momento inicial, en que se sientan las bases del Estado y su Administración, se advierte que la Administración Pública, el poder público, necesita garantías de orden económico, técnico y jurídico, cuando contrata la realización de obras o la prestación de servicios, que garanticen su correcta ejecución e impidan al contratista zafio, inepto o de mala fe, ser candidato o adjudicatario en los contratos públicos<sup>65</sup>.”* La aparición del contrato administrativo, dice COLÁS, tiene mucho que ver con la venta de bienes desamortizados y con los suministros al ejército, *“el Estado persigue un fin colectivo, de fomento de la riqueza nacional, de justicia distributiva, de saneamiento financiero de la Hacienda.”* En definitiva, control del gasto y libre concurrencia, son los dos principios alrededor de los cuales gira la actividad contractual de la Administración, acordes con una técnica instrumental característica apta para satisfacer el cumplimiento de sus fines, cuando los recursos propios de los que se vale son insuficientes. El profesor MORENO MOLINA<sup>66</sup>, se refiere a las obligaciones constitucionales de las Administraciones Públicas y de cómo éstas imponen la aplicación de los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos, que *“pretenden garantizar tanto el interés público como los derechos de los particulares”*.

<sup>64</sup> COLÁS TENAS, Jesús. “El itinerario de la contratación pública: de Cádiz a nuestros días (parte I)”. *Estudios y Comentarios INAP*, 30/09/2013.

<sup>65</sup> Cita COLÁS la famosa carta de 1683 de Sébastien Le Prestre (Señor de Vauban y posteriormente Marqués de Vauban) Comisario de Fortificaciones de Luis XIV, al Ministro francés de la Guerra en la que ponía de manifiesto parte de los problemas que surgían con ocasión de las contrataciones públicas: *“hay algunos trabajos en los últimos años que no han terminado y que no se terminarán, y todo esto, Monseñor, por la confusión que causan las frecuentes rebajas que se hacen en sus obras, lo que no sirve más que a atraer como contratistas a los miserables, pillos o ignorantes, y ahuyentar a aquéllos que son capaces de conducir una empresa. Yo digo más, y es que ellos retrasan y encarecen considerablemente las obras porque esas rebajas y economías tan buscadas son imaginarias y lo que un contratista que pierde hace lo mismo que un náufrago que se ahoga, agarrarse a todo lo que puede; y agarrarse a todo, en el oficio de contratista, es no pagar a los suministradores, dar salarios bajos, tener peores obreros, engañar sobre todas las cosas y siempre pedir misericordia contra esto y aquello [...]”*. En España la sensación es parecida hasta la promulgación del Pliego General de Condiciones para la Contratación de Obras Públicas, cuando se contrataban las obras por una suma fija, estipulada de antemano, sin tener en cuenta para el abono ni las operaciones practicadas, ni los medios auxiliares empleados en la construcción.

<sup>66</sup> MORENO MOLINA, José Antonio, “Los principios generales de la Contratación de las Administraciones Públicas”, pág. 31 del texto: *“en definitiva, las normas públicas sobre contratos tienen como principal objetivo garantizar el respeto en la materia de los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, principios constitucionales cuya prevalencia es hoy incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación.”*

Así, como dice RODRÍGUEZ ARANA<sup>67</sup>, *“La actividad contractual que realizan las diferentes Administraciones Públicas consiste en ofrecer los mejores bienes y servicios públicos posibles a los ciudadanos contando con la colaboración del sector privado [...]”*. Pero este sistema garantista, suficiente para atender las necesidades y expectativas ciudadanas, causa de interés general, no privativo de la Administración, se muestra insuficiente para adentrarnos en la visión estratégica de la contratación que plantea el derecho europeo<sup>68</sup>.

El profesor RODRÍGUEZ ARANA considera que la Administración cuando contrata debe fomentar no sólo el ejercicio de derechos fundamentales, sino los valores del Estado social y democrático de derecho, *“los llamados en la Constitución Española de 1978, los principios rectores de la política social y económica, entre los que están la protección del medio ambiente y el fomento del desarrollo sostenible”*, y afirma que: *“es posible diseñar las técnicas contractuales de manera que la centralidad de la dignidad del ser humano brille por su presencia”*. Y BERNAL BLAY<sup>69</sup> señala que *“la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí misma”*, lo que entroncaría con esa visión burocrática, limitada al ámbito garantista que comentamos, sino como

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “La contratación del sector público y las reformas administrativas”

<sup>68</sup> Véase MORENO MOLINA, José Antonio. *Hacia una compra pública responsable y sostenible*. Monografías Tirant lo Blanch, Valencia 2018, págs. 20-21. *“La nueva norma (LCSP 2017) persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y «trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las PYMES [...]»*. Todos estos objetivos, advierte el profesor MORENO MOLINA, citando a GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>, *“son la clave de la visión estratégica de los contratos que plantean las normas europeas, que proponen superar el tradicional enfoque burocrático en la materia.”*

<sup>69</sup> BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, pág 213: *“Tal y como ha señalado recientemente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Aragón, la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o **herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos** para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas... Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país (3). Es por ello que debemos concebir la contratación pública como un instrumento para llevar a cabo políticas públicas transversales (4). Es decir, la contratación pública puede, y debe ser, una técnica que permita conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.*

herramienta para el cumplimiento de sus fines o políticas públicas de carácter transversal, ya sean sociales, medioambientales o de investigación; potente inductor para la consecución de otras finalidades sociales, ambientales o de innovación, en línea con la estrategia Europa 2020<sup>70</sup>, que considera “papel clave” el de la contratación, como instrumento para conseguir un crecimiento inteligente –desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación–, sostenible –promoción de una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, más verde y competitiva– e integrador –alto nivel de empleo cohesionado social y territorialmente–, garantizando un uso más eficiente de los fondos públicos, y como fin para facilitar la participación de las PYMES en la contratación pública y utilizarla en apoyo de objetivos sociales comunes<sup>71</sup>.

La inclusión de consideraciones de tipo social en la contratación pública, nos dice MORENO MORCILLO<sup>72</sup>, *“no es una novedad en el Derecho Europeo*<sup>73</sup>,

<sup>70</sup> Europa 2020, *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*.

<sup>71</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé. “Las cláusulas de Responsabilidad social en la Contratación Pública Local, Cap. 8” del libro, *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Directora CAMPOS ACUÑA, Concepción. 1ª edic. Ene. 2018, *El Consultor de los Ayuntamientos*. Wolters Kluwer. Págs. 313 y ss.

<sup>72</sup> MORCILLO MORENO, Juana. “Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, Zaragoza, 2016, pp. 180-209

<sup>73</sup> El *Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992*, anticipa en su art. 3, que: “La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.” Asimismo, el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, acordado en Roma el 25 de marzo de 1957, articulado sobre distintas estrategias sociales y medioambientales, y en conexión con el citado artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, establece propósitos de potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable, con capacidad para dar respuesta al cambio económico, siendo el fomento del empleo un asunto de interés común.

En materia de política social, el Tratado de Funcionamiento -art. 151- comprende los objetivos de fomento del empleo y mejora de las condiciones de vida y de trabajo, “para luchar contra las exclusiones”, apoyando la acción de los Estados miembros en ámbitos como: el entorno de trabajo (seguridad y salud de los trabajadores), las condiciones de trabajo, la seguridad social, la protección de los trabajadores en supuestos de rescisión del contrato de trabajo, la información y consulta a los trabajadores, la representación y defensa colectiva de sus intereses, así como de los empresarios, las condiciones de empleo de nacionales de terceros países que residan en el territorio de la Unión, la integración de personas excluidas del mercado laboral, la igualdad entre hombres y mujeres, y la lucha contra la exclusión social; sin embargo, excluye las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el cierre patronal.

En materia medioambiental, el Tratado de Funcionamiento - art. 191- se propone alcanzar los objetivos de conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud de las personas, la utilización prudente y racional de los recursos naturales, y la lucha contra el cambio climático.

*pues ya en 1996 el Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro, señalaba cómo la normativa de contratación pública podía contribuir al logro de los objetivos de las políticas social y medioambiental*”. Más tarde vendría la Comunicación Interpretativa de la Comisión<sup>74</sup> sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales en los contratos públicos. Las aportaciones de ambos documentos, obtendrían reflejo en la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

Tampoco es novedad la inclusión de características medioambientales en el Derecho Europeo, pues aunque las primeras generaciones de directivas, como apunta SERNA BARDAVÍO<sup>75</sup>, *“nada aportaron para favorecer la incorporación de criterios ambientales, debiendo esperar hasta la Comunicación de la Comisión Europea denominada «La contratación pública en la Unión Europea» de 1998 y la Comunicación denominada «La legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública» de 2001[...]*”, fue a raíz de las mismas, concretamente en el año 2003, según refiere PERNAS GARCÍA<sup>76</sup>, cuando la Comisión Europea anima a los Estados miembros a la adopción de un plan de acción para «la ecologización de la contratación pública<sup>77</sup>», lo que dio paso a la tercera generación de Directivas, las de 2004<sup>78</sup>, representativas de un verdadero impacto en la legislación comunitaria y en la de los Estados miembros.

<sup>74</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos.

<sup>75</sup> SERNA BARDAVÍO, Daniel. “Mecanismos para la protección del Medio Ambiente en la Nueva Ley de contratos del sector público”. *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XIX*, Zaragoza, 2018, págs. 75-116

<sup>76</sup> PERNAS GARCÍA, J.José. “Contratación Pública Verde”. LA LEY. 1ª edición: Diciembre 2011. pág. 44.

<sup>77</sup> Comunicación de la Comisión, de 18 de junio de 2003, COM (2003) 302 final: “Política de productos integrada. Desarrollo del concepto del ciclo de vida medioambiental”

<sup>78</sup> Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de Contratos en los Sectores del Agua, de la Energía, de los Transportes y de los Servicios Postales, y Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los



Pues bien, en este Capítulo se muestra una contratación pública que trasciende los postulados esencialmente garantistas y se sitúa en una visión instrumental y estratégica, analizando conceptos afines al papel clave que aquélla desempeña, en la Estrategia Europa 2020, para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Además, de un modo novedoso, se hace hincapié en determinados elementos y situaciones que suponen una amenaza para la consecución de la visión, así como las consecuencias que para las políticas públicas, enriquecidas a través del proceso de la contratación pública, supone la no intervención de los órganos de contratación.

### **1. El viaje desde una contratación pública limitada al abastecimiento de bienes y servicios, hasta otra que fija objetivos estratégicos para la satisfacción de necesidades sociales, ambientales y de innovación.**

Como se anticipa en la introducción del apartado, en la actualidad no puede entenderse una contratación pública limitada al aprovisionamiento de bienes y servicios con los que llevar a cabo aquellas prestaciones propias de las competencias de las Administraciones Públicas, para satisfacer las necesidades y expectativas de los ciudadanos, bajo unos principios que, tanto si miramos retrospectivamente a nuestro Derecho Administrativo, como si nos fijamos en los constitucionales de 1978, predicados respecto de la Administración Pública, se limitan a garantizar la libertad de acceso y no discriminación de las empresas encargadas de llevarlos a cabo, con el sabio propósito, eso sí, de conseguir los bienes y servicios más ventajosos, más efectivos, más económicos posibles, coherentes, proporcionados y relacionados con el objeto del contrato y las necesidades a satisfacer.

Por el contrario, la nueva contratación, en paralelo a lo que hemos denominado nueva gestión pública, preocupada por la satisfacción de las necesidades de los

ciudadanos receptores de los bienes y servicios públicos, para quién en realidad se hacen las cosas, introduce una visión estratégica, instrumental ya lo era, quizás pervirtiendo el concepto de estrategia, como capacidad para imponerse a un competidor, mediante un conjunto de reglas, que aseguran la decisión óptima en cada caso, para abrazar nuevas e innovadoras posibilidades de influir en políticas sociales y medioambientales a modo de actividad complementaria, no excluyente, de las políticas activas del ramo.

Es más, tal y como señalan CHICANO JÁVEGA y RODRÍGUEZ CASTAÑO<sup>79</sup> *“la contratación pública supone un gasto público ingente y es aquí donde surge una tentación, la de utilizar esa contratación no sólo como un medio para adquirir bienes y servicios sino utilizarla también como un instrumento de políticas públicas.”*. De este modo, aparecen en escena, como hemos visto en el Capítulo anterior, elementos característicos de la responsabilidad social de las organizaciones públicas, preocupadas por la obtención de beneficios reputacionales complementarios a los derivados de la prestación de servicios obligatorios.

Es así como se introduce, entre otros, la preocupación por la calidad en el empleo de los trabajadores de las empresas contratistas, la promoción de un medio ambiente sostenible, que limite los impactos derivados del consumo de bienes y servicios por las administraciones públicas, o la innovación en la compra pública, con el doble propósito de servir de elemento dinamizador de la economía a través de los encargos realizados por aquéllas y de obtener el máximo rendimiento de los fondos públicos.

<sup>79</sup> CHICANO JÁVEGA, Enriqueta y RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio Ramón. “Las cláusulas sociales en la contratación pública: estudio de la Instrucción 1/2016 del Ayuntamiento de Madrid”. *Revista Española de Control Externo*, núm. 55, págs. 113-134.

## 1.1. La calidad del empleo de los trabajadores al servicio de las empresas contratistas.

Se entiende por calidad en el empleo el conjunto de propiedades de una ocupación que la hacen apta para el cumplimiento de las necesidades económicas, sociales y culturales de las personas, superando las distintas maneras de exclusión laboral y social<sup>80</sup>. Pero éste es un concepto amplio que abarca no solo la mejora de las condiciones de trabajo (horario, salario, conciliación de la vida personal, familiar y laboral, prevención de riesgos laborales, formación, etc.) de quienes están ya al servicio de los contratos concertados por las administraciones públicas, sino también de quienes tienen la expectativa legítima a integrar estas plantillas desde una posición de desventaja o vulnerabilidad, tales como personas con discapacidad, jóvenes, parados de larga duración, personas en situación de exclusión social, mujeres subrepresentadas, según la EPA, en los sectores de actividad económica correspondientes, y desequilibrio de la representatividad laboral hombre-mujer, en la ocupación de puestos de carácter directivo, y en el salario.

La Confederation Syndicat European Trade Unión (CES), define su posición<sup>81</sup> sobre el trabajo de calidad, incluyendo los siguientes puntos:

- *“Buenos salarios;*
- *La seguridad del empleo a través del empleo estándar y el acceso a la protección social;*
- *Oportunidades de aprendizaje a lo largo de toda la vida;*
- *Buenas condiciones de trabajo en lugares de trabajo seguros y saludables;*
- *Tiempo de trabajo razonable con un buen equilibrio entre la vida profesional y la vida privada.*

<sup>80</sup> “se trata de crear más empleo y lograr una vida mejor, [...] crecimiento integrador: fomento de una economía con un alto nivel de empleo que redunde en la cohesión económica, social y territorial”, dice la Estrategia Europa 2020.

<sup>81</sup> CONFEDERATION SYNDICAT EUROEAEN TRADE UNIÓN. “Definir el trabajo de calidad: un plan de acción de la CES para más y mejores empleos”, (Posición de la CES) Adoptada por el Comité Ejecutivo de 13-14 de diciembre 2017.

- *Representación sindical y derechos de negociación.”*

La CES no se queda en la definición sino que establece un plan de acción para desarrollar estos puntos mediante indicadores rastreables para evaluar los resultados de la política de empleo:

<i>Objetivos de calidad</i>	<i>Indicadores potenciales</i>
<i>Buenos salarios</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>aumento del salario mediano local para los hombres</i></li> <li>- <i>aumento del salario mediano local para las mujeres</i></li> </ul>
<i>La seguridad del empleo a través del empleo estándar y el acceso a la protección social</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>reducción del empleo temporal involuntario para las mujeres</i></li> <li>- <i>reducción del empleo temporal involuntario para los hombres</i></li> <li>- <i>reducción del trabajo a tiempo parcial involuntario para las mujeres</i></li> <li>- <i>reducción del trabajo a tiempo parcial</i></li> </ul>
<i>Oportunidades de aprendizaje a lo largo de toda la vida</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>aumento general del número mediano de días de permiso remunerado para formación o educación por trabajador</i></li> </ul>
<i>Lugares de trabajo sanos y seguros</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>reducción del número de trabajadores que toman días libres por enfermedad</i></li> </ul>
<i>Tiempo de trabajo razonable y buena conciliación de la vida profesional y personal</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>aumento global del número de días de permiso parental remunerado por trabajador</i></li> <li>- <i>reducción del porcentaje de trabajadores que trabajan más de 48 horas a la semana</i></li> </ul>

<i>Representación sindical</i>	- <i>aumento de la cobertura de la negociación colectiva</i>

La preocupación por la calidad en el empleo no sólo afecta al mundo en desarrollo, también está presente en economías avanzadas del tipo G-20. En estos países, según indica el informe 3/2018 del CES<sup>82</sup> “ *los aspectos en los que se observan retos para la calidad del empleo se relacionan con los bajos salarios, la inseguridad del empleo o la calidad del entorno laboral.*”. El CES vaticina que en el futuro la calidad del empleo vendrá condicionada, entre otros, por la polarización ocupacional, y por la productividad del trabajo o la evolución de las características del empleo atípico (trabajo temporal y trabajo a tiempo parcial), que presentan condiciones laborales más desfavorables, tales como menor seguridad del empleo, diferencias salariales, o mayores dificultades de acceso a la protección social, como ponen de manifiesto las organizaciones internacionales OIT y OCDE.

El informe “Employment Outlook 2018” de la OCDE, de julio de 2018, analiza la evolución del mercado del trabajo en España y en la OCDE, considerando las tendencias recientes y perspectivas del mercado del trabajo, y observa que el desempleo en España ha disminuido en más de 10 puntos porcentuales desde 2013; aun así, sigue siendo el segundo más alto de la OCDE. Asimismo, señala que el crecimiento de los salarios reales ha sido negativo desde 2016. Pero lo más interesante para nuestro estudio es que, según dice, *el desempeño del mercado laboral español tiende a ser inferior a la media OCDE en numerosos indicadores referentes a la calidad del trabajo y la inclusividad*. El nivel de seguridad laboral es el segundo más bajo de la OCDE, después de Grecia, y la brecha de empleo correspondiente a grupos desaventajados, tales como madres, jóvenes, extranjeros y personas con discapacidad, de un 27,5 por ciento, se sitúa en casi tres puntos porcentuales

<sup>82</sup> Informe 03/2018, “El futuro del trabajo”, Consejo Económico y Social de España.

por encima de la media OCDE. En contraste, la brecha salarial de género, de un 34 por ciento, es 4.5 puntos porcentuales mejor que la media.

De un modo indirecto, la Comisión Europea, en su comunicación Europa 2020 “Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador<sup>83</sup>”, asocia salida de la crisis y entrada a una nueva economía, apostando por que las nuevas generaciones sigan disfrutando de “*una vida de alta calidad y sana*”<sup>84</sup>, lo que conduce a unos “*altos niveles de empleo, productividad y cohesión social*”.

En un ámbito inferior, el referido a la Comunidad de La Rioja, y al Ayuntamiento de Logroño en particular, sobre la base del estudio llevado a cabo en 2015<sup>85</sup>, se detectan problemas en el empleo de los trabajadores adscritos a las obras y servicios contratados, caracterizados por:

1. *“Fuerte destrucción de empleo, especialmente en obra pública, iniciado tras la ejecución de los Planes-E, que en La Rioja se distingue por una población ocupada en el sector del 11% en 2010, porcentaje que ha venido reduciéndose paralelamente a la caída de inversión pública, hasta alcanzar el 6,8%, según datos de la EPA. Se ha destruido un 41,64 % de los empleos existentes en el sector al inicio de 2010.*
2. *Empleo precario, mal remunerado, con incrementos del tiempo trabajo y elevados índices de siniestralidad, o desigual en las oportunidades para las personas con mayores dificultades de acceso.*
3. *Sustitución de mano de obra cualificada por otra menos experta.*

<sup>83</sup> Los objetivos aparecen interrelacionados, de modo que “*por ejemplo, un mejor nivel educativo ayuda a encontrar trabajo y los avances en el aumento de la tasa de empleo ayudan a reducir la pobreza. Una mayor capacidad de investigación y desarrollo, así como la innovación en todos los sectores de la economía, combinada con una mayor eficacia de los recursos mejorarán la competitividad e impulsarán la creación de empleo.*”

<sup>84</sup> “*Crear más empleo y lograr una vida mejor*”, dice el prefacio de la Comunicación Europa 2020.

<sup>85</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé. *Plan de Responsabilidad Social del Ayuntamiento de Logroño: Caminando hacia un sistema de responsabilidad social municipal: las contrataciones social y verde y su incidencia en la mejora de la calidad en el empleo y el medio ambiente sostenible*. Véase: <https://sedeelectronica.logrono.es/wps/wcm/connect/>

4. *Transformaciones de contratos de tiempo completo a parcial, con mayor exigencia de productividad*
5. *Recortes salariales, incumplimiento de condiciones de trabajo y de prevención de riesgos, y regulaciones de empleo. Con ello se trata de compensar las posibles pérdidas económicas derivadas de una mala proposición cuyo propósito era la adjudicación del contrato, en la equivocada presunción de que sería fácil su modificación para recuperar la baja ofertada (medias superiores al 15% en servicios y al 29 % en obras).*
6. *Sucesión de incidencias en la ejecución de los contratos, que afectan a su calidad: modificados; reducciones en las prestaciones o en mano de obra, manteniendo el mismo precio; recursos y reclamaciones; o cesión de derechos de cobro. Al menos un 15 % de los contratos, realizados entre 2013 y 2014, padecieron este tipo de incidencias.*
7. *Irrelevante alcance de las medidas adoptadas en los Pliegos para favorecer la contratación de personal discapacitado, limitado a la prioridad en la resolución de empate de valoraciones.*
8. *Despreocupación por el empleo de las mujeres, especialmente en ámbitos laborales en los que está subrepresentada, y*
9. *Un control del cumplimiento de los contratos, más difícil por la tendencia “escapista” de la adjudicataria a su normal ejecución. Se detectan situaciones de carencia en la adscripción del personal requerido y comprometido en el contrato, o empleo por un menor tiempo del previsto.”*

Por último, una breve referencia a algunas de las Resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, que aun sin definir el concepto de *calidad del empleo*, sostienen, como lo hace la Resolución 33/2018 del TACP<sup>86</sup>, *“que no es necesario que las mejoras en la calidad del empleo deban repercutir en la marcha de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, **basta que se refieran a aspectos influyentes del***

<sup>86</sup> Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP). Véanse también las Resoluciones del mismo Tribunal: 17/2017, 150/2017 y 19/2018.

***proceso de la prestación para que adquieran la nota de vinculación con su objeto.”***

Definitivamente, la calidad en el empleo es la característica que le define como mejor o peor, por comparación, con otras ocupaciones, y signo distintivo de aquellos órganos de contratación involucrados en dignificar el empleo de las personas al servicio de las contrataciones públicas para que éstas puedan satisfacer sus necesidades económicas, sociales y culturales, y de este modo superar, como decíamos en la introducción del apartado, las distintas maneras de exclusión laboral y social.

La calidad en el empleo es justa reivindicación y objetivo de entidades como el CES o la Comisión Europea para todas las empresas en general, pero particularmente para la Administración que, a través de una herramienta como la contratación pública, de modo indirecto, aunque no forme parte del contenido intrínseco de la prestación, pueda influir en la mejora de las condiciones de trabajo de las personas más vulnerables, sin limitar los derechos y obligaciones laborales que asisten a ambas partes de la relación laboral, empresarios y trabajadores.

Volveremos más adelante sobre las posibilidades de integración de cláusulas sociales concretas, relacionadas con la mejora de la calidad en el empleo, a través de las distintas fases del proceso de contratación.

## **1.2. La promoción de un medioambiente sostenible**

Dice el párrafo núm. 95 de la Carta Encíclica *Laudato Si'* del Santo Padre Francisco<sup>87</sup> que *“El medio ambiente es un bien colectivo, patrimonio de toda la humanidad y responsabilidad de todos.”*, y yo añadiría, también de los departamentos de compra pública. Cuando hablamos de medio ambiente, de la conservación de la naturaleza, de contrarrestar los impactos del consumo

<sup>87</sup> SANTO PADRE FRANCISCO. *Carta encíclica «Laudato si» sobre el cuidado de la casa común*, de 24 de mayo de 2015.



sobre el medio natural, incluso de cambio climático, parece como si todos estuviéramos de acuerdo en la necesidad de actuar, simplemente por corresponsabilidad, en la cuota-parte que corresponda, en crear un mundo mejor, más respirable y sostenible para su uso por generaciones futuras. Pero esto es un mero espejismo, porque no todo el mundo aprecia igualmente los signos de degradación de la naturaleza y no todos sienten la misma preocupación por quienes han de sucedernos en el alquiler de esta gran habitación que es el planeta tierra<sup>88</sup>.

También la contratación pública, que desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, puede ayudarnos, como herramienta, para conseguir, entre otros, un crecimiento sostenible<sup>89</sup> garantizando, al mismo tiempo, eficiencia en la utilización de los fondos públicos y participación de las PYMES en apoyo de objetivos sociales comunes, entre ellos los aspectos medioambientales.

La Comunicación de la Comisión “Europa 2020”, mantiene que este enfoque *“ayudará a la UE a prosperar en un mundo con pocas emisiones de carbono y recursos limitados y al mismo tiempo impedirá la degradación del medio ambiente, la pérdida de biodiversidad y un uso no sostenible de los recursos. También apoyará la cohesión económica, social y territorial.”* Y fija entre sus objetivos de crecimiento sostenible los de: *“Reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en un 20 % en comparación con los niveles de 1990, incrementar el porcentaje de las energías renovables en nuestro consumo*

<sup>88</sup> El Papa Francisco, en la citada encíclica, lo expresa así: *“si miramos la superficie, más allá de algunos signos visibles de contaminación y de degradación, parece que las cosas no fueran tan graves y que el planeta podría persistir por mucho tiempo en las actuales condiciones. Este comportamiento evasivo nos sirve para seguir con nuestros estilos de vida, de producción y de consumo. Es el modo como el ser humano se las arregla para alimentar todos los vicios autodestructivos: intentando no verlos, luchando para no reconocerlos, postergando las decisiones importantes, actuando como si nada ocurriera”*

<sup>89</sup> La Comunicación de la Comisión Europa 2020 (COM 2010, de 3/03/2010) dice al respecto en su pág. 19: *“El crecimiento sostenible significa construir una economía que aproveche los recursos con eficacia, que sea sostenible y competitiva, que aproveche el liderazgo de Europa en la carrera para desarrollar nuevos procesos y tecnologías, incluidas las tecnologías verdes, que acelere el desarrollo de redes inteligentes en la UE y refuerce las ventajas competitivas de nuestras empresas (particularmente en el campo de las manufacturas) y de nuestras PYME, y que también asista a los consumidores a dar valor al uso eficaz de los recursos.”*

*final de energía al 20 % y aumentar un 20 % la eficacia en el uso de la energía.”*

Particularmente significativa resulta la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea, de 4 de julio de 2001<sup>90</sup>, respecto a la equidistancia entre eficiencia y apoyo de políticas ambientales, cuando expresa que: **“para conseguir en la práctica un desarrollo sostenible es necesario que el crecimiento económico apoye al progreso social y respete el medio ambiente, que la política social sustente los resultados económicos y que la política ambiental sea rentable.”** (la negrita es nuestra), precisando a continuación que *“no hay contradicción intrínseca entre crecimiento económico y mantenimiento de un nivel aceptable de calidad ambiental”*. Esta Comunicación se produce en un momento temporal regulatorio en el que se considera que la función de los criterios ambientales y sociales es la de evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, vinculadas directamente al objeto del contrato. Y aunque este enfoque clásico de las posibilidades de inclusión de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública, muy ligadas al contenido intrínseco de la prestación, ha sido superado en la evolución de la jurisprudencia del TJUE, cuyo hito más temprano se sitúa en la sentencia que se cita en el siguiente párrafo, aquella afirmación sigue teniendo plena actualidad, pues si el crecimiento económico ha de ser sostenible en el tiempo, necesariamente ha de respetar el medio ambiente, como espacio natural sobre el que se asienta el desarrollo humano y, complementariamente, la política medioambiental ha de ser rentable, o lo que es lo mismo, eficiente, valorándose en cada momento la oportunidad de invertir en aquélla a través de este instrumento que llamamos contratación pública o, alternativamente, a través de políticas directas que combaten la emisión de gases nocivos a la atmósfera.

En cualquier caso, debe mantenerse un equilibrio entre sostenibilidad y competitividad, entre el apoyo a las políticas activas medioambientales y los

<sup>90</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, de 4 de julio de 2001 COM (2001) 274 final, Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública.

principios de libre concurrencia y no discriminación, de modo que esta intervención en la economía que supone la utilización de la contratación pública, sea proporcionada a los fines que se quieren conseguir, facilitando simultáneamente la obtención, en cada momento, de una ventaja económica para el órgano de contratación, la que proviene de los procesos de concurrencia competitiva no discriminatorios y transparentes. En este sentido, PERNAS GARCÍA<sup>91</sup>, cuando señala: *“A mi juicio, el mantenimiento del vínculo con el objeto del contrato garantiza un adecuado equilibrio entre la consecución de objetivos de las políticas públicas, y un uso eficiente del dinero público.”*

Fue la sentencia Concordia Bus Finland<sup>92</sup> la que marca un hito en la admisión de cláusulas medioambientales como criterio de adjudicación, que suponen un beneficio indirecto para el órgano de contratación, pues ya no se habla sólo de precio y calidad de los autobuses (aspecto intrínseco de la oferta), sino también de la gestión por el empresario en materia de calidad y medio ambiente, pudiéndose obtener un máximo de 10 puntos adicionales con arreglo a ciertos criterios que puntuaban la baja emisión de gases, concretamente de óxidos de nitrógeno.

Con posterioridad la Comisión Europea<sup>93</sup> declararía que *“una demanda significativa de productos ‘más ecológicos’ por las autoridades públicas creará*

<sup>91</sup> PERNAS GARCÍA, J. José, *Contratación Pública Verde*.

<sup>92</sup> Concordia Bus Finland (TJCE 2002, 251). A ella se refiere Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, en el prólogo del libro *Contratación Pública Verde* de PERNAS GARCÍA, J. José, Ed. La Ley, Dic. 2011, cuando afirma: *“La sentencia Concordia Bus es la que plantea este criterio de forma general, y a partir de ese momento pasa a configurarse como uno de los requisitos de la jurisprudencia comunitaria. Concretamente se afirmó que «de estas consideraciones resulta que, cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa [...] puede tener en cuenta criterios relativos a la conservación del medio ambiente, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicionada de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación»”*

<sup>93</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Bruselas 16 de julio de 2008, COM (2008) 400 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Contratación pública para un medio ambiente mejor. Afirma la Comisión que *“diferentes estudios han confirmado que existe un margen considerable para una contratación pública ecológica (CPE) rentable, en concreto en sectores*

*mercados para los productos y servicios respetuosos con el medio ambiente o ampliará los ya existentes. Con ello ofrecerá también a las empresas un incentivo para desarrollar tecnologías ambientales», considerando que los productos ecológicos no son más caros que sus alternativos.*

En el ámbito autonómico interno<sup>94</sup>, la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía, se refiere a la contratación pública verde en su artículo 30, diseñando unas medidas tendentes a la mitigación del cambio climático. Entre éstas destacan la eficiencia energética, asociada al ciclo de vida de la prestación, el impacto ambiental, la reutilización y el reciclaje de los productos, la reducción de emisiones a la atmósfera, las energías renovables, los productos ecológicos o la adquisición de vehículos híbridos o eléctricos. Asimismo, contempla como obligatorias, en cualquier fase del procedimiento de contratación, las externalidades medioambientales, mediante la disposición de la huella de carbono de los productos, servicios y suministros objeto de las licitaciones, si bien con una demora de dos años desde la entrada en vigor de la Ley.

En un contexto local, la Norma Foral de Guipúzkoa, 11/2014, de 29 de octubre, de incorporación de cláusulas contractuales relativas a la compra socialmente responsable, hace hincapié en esta idea que mantenemos sobre las posibilidades de trascender la función básica del aprovisionamiento de bienes y servicios, y dice:

*“Los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para la administración, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los*

*en los que los productos ecológicos no son más caros que las alternativas no ecológicas (teniendo en cuenta el coste del ciclo de vida del producto).”*

<sup>94</sup> Véanse, igualmente, la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética de las Illes Balears, incluyendo la obligación como criterio de valoración de la inscripción de los licitadores en los registros públicos de huella de carbono y la reducción o la compensación de sus emisiones; la Ley de 9/2017, de 1 de agosto, del cambio climático de Cataluña; o el Acuerdo 26/2020, de 4 de junio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban medidas contra el cambio climático en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León.

*poderes públicos pueden realizar una política de intervención en la vida económica, política y social, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos.”*

Consciente de esta suma de valor para el apoyo de las políticas medioambientales, el reciente Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado para 2018-2025, tiene entre sus propósitos la promoción de la incorporación de cláusulas medioambientales en la contratación pública, declarando como prioritarios, entre otros, la alimentación y servicios de restauración, la iluminación interior y exterior, el diseño, construcción y gestión de los edificios de oficinas, los equipos de impresión, los ordenadores y monitores, el papel para copias, los productos de limpieza y el transporte. El Plan se fija, igualmente, en las posibilidades de integración de cláusulas ambientales en todas las fases del procedimiento de contratación y, especialmente, de acuerdo con el nuevo artículo 148 de la LCSP 2017, en la vida útil de la compra de material inventariable, en detrimento de productos con obsolescencia programada.

El también reciente Manual sobre contratación pública ecológica<sup>95</sup> de la Comisión Europea, en su tercera edición, se plantea “¿Por qué comprar ecológico?”, respondiéndose a sí mismo, que los poderes públicos “*al hacer uso de su poder adquisitivo para elegir productos, servicios y obras de impacto ambiental reducido, pueden contribuir de manera importante a la consecución de los objetivos de sostenibilidad locales, regionales e internacionales.*” Sin embargo, en mi opinión, no es ésta la razón más importante, sino la consideración del ciclo de vida de los productos, porque permite la sostenibilidad del medio natural, que nos sirve de hábitat, y el ahorro en el gasto público, si consideramos no sólo el precio por la adquisición de los bienes, sino los costes de mantenimiento y desmantelamiento de los

<sup>95</sup> *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, 3.<sup>a</sup> edición, Documento indicativo de los servicios de la Comisión. El contenido del manual está sujeto a la evolución de la legislación de la UE, incluida la revisión de las Directivas sobre contratación pública y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Representa la situación en febrero de 2016.

mismos<sup>96</sup>. Es aquí donde reside la clave de la Declaración de la Comisión Europea, de 16 de julio de 2008, relativa a que los productos ecológicos no son más caros que sus alternativos. Este enfoque es propio de la economía circular de la que nos habla GÓMEZ GONZÁLEZ,<sup>97</sup> sobre el aprovechamiento de los materiales tantas veces como sea posible, de la tendencia a no generar residuos y si los hay, de su conversión en materia prima para otros. Como bien dice, es basar la economía *“en el diseño inteligente, la innovación, la reutilización, la reparación, el reciclaje, la valorización de materiales y productos ya existentes, dejando atrás sistemas no sostenibles con prácticas tramposas como la obsolescencia programada.”* La mejor relación calidad/precio, como expresa el Manual, *“no sólo mide el coste de los productos y servicios, sino que también tiene en cuenta factores como la calidad, la eficiencia, la eficacia y la idoneidad para el fin perseguido”* y, entre ellos, la protección del medio ambiente.

Decía MACHADO que solamente el necio confunde valor con precio. Como expreso en la Guía de integridad en la contratación pública<sup>98</sup> *“es posible que un producto barato en precio de adquisición o prestación, sea caro, cuando se contempla desde su extracción en la naturaleza hasta su reutilización, o lo que es lo mismo bajo el concepto de la “cuna a la cuna”, según lo representa IHOBE<sup>99</sup>*

<sup>96</sup> Dice el Manual, pág. 5, que: *“La CPE también podría permitir ahorros económicos a las autoridades públicas, especialmente si se consideran todos los costes del ciclo de vida de un contrato y no solo el precio de compra. La adquisición de productos energéticamente eficientes o que ahorren agua, por ejemplo, puede ayudar a reducir significativamente las facturas de servicios básicos. La reducción de las sustancias peligrosas en los productos adquiridos puede reducir los costes de eliminación. Las autoridades que implanten la CPE estarán mejor preparadas para hacer frente a los cambiantes desafíos medioambientales, por ejemplo para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero o avanzar hacia un modelo de economía más circular.”*

<sup>97</sup> GÓMEZ GONZÁLEZ, Soledad. “Criterios ambientales y de economía circular en la contratación pública”, Presentación de ponencia, Valladolid, 12 de dic. de 2018. Curso “Criterios Ambientales y de Economía Circular en la contratación pública”

<sup>98</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, Bloque II, Cap. III “La eficiencia en el gasto público y su relación con las características sociales, medioambientales y de innovación de los contratos” del libro *Guía de integridad en la contratación pública local*, coordinación CAMPOS ACUÑA, Concepción, FEMP. Red de Entidades Locales por la Transparencia y Participación Ciudadana, 2019. Pág. 83.

<sup>99</sup> IHOBE, Sociedad Pública adscrita al Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda del Gobierno Vasco.

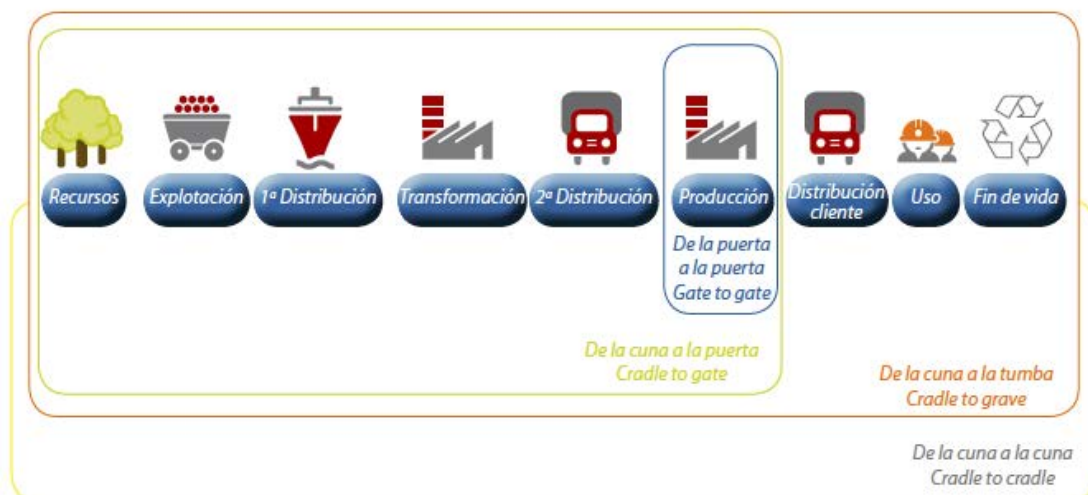


Ilustración 2. Ciclo de vida. Fuente IHOBE

Y además, hemos de tener en cuenta otro factor, el de los efectos al exterior o impactos que se producen en el medio ambiente con los consumos públicos, o los costes asociados al cambio climático. Dichos costes, inadvertidos para las economías familiares, aun preocupadas por la economía circular, por no ser mensurables en este ámbito, podrán ser tenidos en cuenta, como veremos más adelante, como criterios de adjudicación por el sector público contratante, mediante un método que esté basado en criterios verificables y no discriminatorios, accesibles para todas las partes interesadas, y proporcionados a un esfuerzo razonable de los operadores económicos diligentes<sup>100</sup>.

### 1.3. La fórmula de la innovación

Habitualmente pensamos que la innovación consiste esencialmente en la implementación de sistemas tecnológicos en la Administración. Innovación y administración electrónica o licitación electrónica van de la mano y, por ello, a menudo caemos en el error de que la nueva administración, la que responde más fácilmente ante los cambios sociales que demandan los ciudadanos, es una administración tecnológica, que convierte los procedimientos mecánicos

<sup>100</sup> Artículo 68, apartado 2, de la Directiva 2014/24/UE; artículo 83, apartado 2, de la Directiva 2014/25/UE

soportados en papel en procedimientos electrónicos sin analizar, previamente, si responden a las necesidades de aquéllos, que también son administrados y contribuyentes. La Administración es algo más que un proveedor de bienes y servicios, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el ordenamiento jurídico, cumpliendo el mandato del artículo 103 de la Constitución; la Administración necesita innovar precisamente porque las necesidades de los ciudadanos a los que se dirige, son cambiantes y se suceden con mucha rapidez.

*“La Administración no puede innovar”, se cuestiona CAMPOS ACUÑA<sup>101</sup>, como respuesta habitual ante planteamientos e ideas nuevas, y la razón que se aduce es el “imperio de la Ley”, sin embargo según reconoce la autora, en los últimos años ese mismo argumento “ha venido a desmontarse desde dentro”, y se refiere a las más recientes normas administrativas que califica de “palanca de cambio”, tales como la Ley 19/2013, de 9 de noviembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno; la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la LCSP 2017, que prevé un nuevo procedimiento con el que canalizar la compra pública de innovación, esto es, la asociación para la innovación. Lejos de suponer una quiebra en la garantía de los derechos de las personas, la innovación ofrece, como dice Concepción CAMPOS, “nuevas herramientas con las que acercar los servicios públicos a los ciudadanos, facilitar la participación ciudadana y la interacción de los usuarios en su diseño y mejora, reducir plazos, cargas administrativas, y en mejores condiciones de seguridad...”*

*“Un uso inteligente de la contratación pública puede ayudar a abordar retos globales tales como el cambio climático y la escasez de recursos o la sociedad en envejecimiento. Apoya las políticas sociales y acelera la transición a cadenas de suministro y modelos empresariales más sostenibles”. Puede*

<sup>101</sup> CAMPOS ACUÑA, Concepción. “Verdades y mentiras sobre la innovación en la Administración Pública”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Wolters Kluwer, Ed. Especial, mayo 2018. Pág. 3.



*mejorar la competitividad y permite a las pymes acceder a oportunidades de contratación pública*”, recoge la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones<sup>102</sup>, asociándolo a unos compradores públicos transparentes y profesionales que gastan eficientemente y luchan contra la corrupción.

Para RAMIÓ MATAS y SALVADOR SERNA<sup>103</sup>, la innovación en la Administración Pública representa un oximorón, aunque lejos de ser una contradicción, Administración e innovación son elementos que se complementan. Ambos autores consideran que las Administraciones innovan “*casi siempre*”, teniendo en cuenta las políticas públicas cambiantes que despliegan, producto de la atención a una sociedad compleja que presiona constantemente.

Al hilo de esta reflexión, me pregunto: ¿quién no quiere innovar?, al menos a efectos declarativos, ¿quién no quiere modernizar la Administración?, ¿quién no quiere ser útil a la Sociedad?, ¿quién no quiere trabajar con calidad y ser excelente en su trabajo?, ¿quién no encuentra en la necesidad de garantizar los derechos y libertades de nuestros ciudadanos, la justificación de la existencia misma de la Administración y el porqué de su función pública? y, sin embargo, ¿por qué no nos encontramos con ella –la innovación- más a menudo?. Fácil pregunta y difícil respuesta. Las razones son varias y se relacionan con estadios carenciales en transversalidad, liderazgo, gestión del conocimiento, gestión de las personas, talento, compromiso, y gestión de los fracasos.

En el ámbito de la Administración General del Estado, el INAP pretende ejercer el liderazgo de la innovación en la Administración Pública, mediante la

<sup>102</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa, COM (2017) 572 final Comunicación de la Comisión al Parlamento.

<sup>103</sup> RAMIÓ MATAS y Miquel SALVADOR SERNA. “Innovación en las Administraciones Públicas: ¿Un oximorón o una realidad?”. *El Consultor de los Ayuntamientos*. Wolters Kluwer. Ed. Especial, mayo 2018, Pág. 6.

aplicación de prácticas novedosas en la gestión pública para generar “valor social”. En este sentido, anima a compartir ideas entre los empleados públicos y habilita un repositorio de buenas prácticas que pueden consultarse a través del propio Banco de Conocimientos del INAP.

Este motor de innovación, propulsado por las Administraciones Públicas, despliega sus efectos en los ámbitos social, económico, medioambiental, educativo, sanitario, etc., a través de las distintas políticas públicas sectoriales, nutridas a su vez de un mejor conocimiento de las necesidades ciudadanas, y encuentra en las herramientas de la contratación pública<sup>104</sup> el medio ideal para incentivar determinados comportamientos de los operadores económicos, que sirvan de tractor para la consecución de un medio ambiente mejor, una sociedad más justa, altos niveles de empleo, en especial de las personas más vulnerables, la igualdad de género, la mejora de las condiciones laborales y salariales o la prevención de riesgos laborales. En definitiva, la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos.

Traigo a colación las palabras de la exalcaldesa de Madrid, Manuela Carmena, que refiriéndose al papel y responsabilidad de las Administraciones en el impulso de la innovación, dice<sup>105</sup>:

*“El alto volumen de compra nos abre la posibilidad de establecer sinergias con otros objetivos de responsabilidad social pública como son la adquisición de bienes y servicios que integren los principios de la economía circular. Avanzar hacia un desarrollo sostenible, inclusivo e inteligente y hacia un modelo de crecimiento que promueva la cohesión social y respete el medio ambiente, es posible si aplicamos una contratación pública responsable, que integre aspectos innovadores, medioambientales, éticos y sociales.”*

<sup>104</sup> A través de las herramientas de la contratación pública se puede incidir en comportamientos internos (colaboración), finalidades públicas (ruptura de la brecha digital), y economía (ahorro y rendición de cuentas), aunque en este último caso mayormente sean costes de oportunidad, esto es, la realización de la actividad, frente a otra o ninguna, ya que son costes fijos en su mayor parte).

<sup>105</sup> Guía de Contratación Pública de Innovación del Ayuntamiento de Madrid, 2018. Prólogo.

El Parlamento Europeo<sup>106</sup>, nos habla de innovación social, y la refiere *“al desarrollo y la puesta en práctica de nuevas ideas, ya sean productos, servicios o modelos de organización social, concebidas para hacer frente a nuevas demandas y desafíos sociales, territoriales o ambientales, como el envejecimiento de la población, la conciliación de la vida laboral y la vida familiar, la gestión de la diversidad, la lucha contra el desempleo juvenil, la integración de los más excluidos del mercado de trabajo y la lucha contra el cambio climático.”*

Pero la innovación social, en sentido amplio, de la que nos ocupamos en este apartado, como parte de la trilogía de la Estrategia Europa 2020, para un crecimiento inteligente<sup>107</sup>, es algo más que la posibilidad de integrar características sociales y medioambientales en la contratación pública, pues ha de servir de elemento dinamizador de la economía, a través de los encargos realizados por las administraciones públicas en investigación, desarrollo y fabricación en serie de un producto, para la obtención de otro gran objetivo, el máximo rendimiento de los fondos públicos, en sectores estratégicos *“tales como las nuevas tecnologías, la salud o el medio ambiente”*, refiere HERNANDO RYDINGS<sup>108</sup>. Para ello hay que *“Consultar al mercado antes de la licitación<sup>109”</sup>*, para identificar soluciones innovadoras e

<sup>106</sup> *Emprendimiento social e innovación social en la lucha contra el desempleo. Resolución del Parlamento Europeo*, de 10 de septiembre de 2015, sobre emprendimiento social e innovación social en la lucha contra el desempleo (2014/2236(INI))

<sup>107</sup> Según la Estrategia Europa 2020, el crecimiento inteligente significa: *“la consolidación del conocimiento y la innovación como impulsores de nuestro crecimiento futuro. Esto requiere mejorar la calidad de nuestra educación, consolidar los resultados de la investigación, promover la innovación y la transferencia de conocimientos en toda la Unión, explotar al máximo las TIC y asegurarse de que las ideas innovadoras puedan convertirse en nuevos productos y servicios que generen crecimiento y empleos de calidad y que ayuden a afrontar los retos derivados de los cambios sociales en Europa y en el mundo. Pero para tener éxito, esto debe combinarse con un espíritu emprendedor, financiación y una atención prioritaria a las necesidades de los usuarios y a las oportunidades del mercado.”*

<sup>108</sup> HERNANDO RYDINGS, María. *“El fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación a través de las compras públicas”*. *Revista española de derecho administrativo*, N° 174, 2015, págs. 255-284

<sup>109</sup> Guía sobre el tratamiento de las soluciones innovadoras en la contratación pública (PRO INNO Europe paper N°1) *“10 elementos de buenas prácticas”*. Traducción de PEIRO BAQUEDANO, Anabel. *“El uso de un muy alto grado de detalle técnico de los requisitos, por ejemplo, por lo general impide a las empresas presentar propuestas innovadoras, ya que no se les da la oportunidad. Sin embargo, las especificaciones deben, por supuesto, ser lo suficientemente precisas para permitir la adjudicación del contrato de conformidad con las normas que rigen los procedimientos.”*

informar a los licitadores de las necesidades del órgano de contratación y maneras de satisfacerlas, interesando soluciones sin prescribirlas.

La Estrategia Europa 2020, en su Iniciativa emblemática: “Unión por la innovación”, pide actuar en el impacto y composición de su gasto en investigación y mejorar las condiciones de la I+D del sector privado en la UE, siendo su objetivo recentrar esta política en los retos a los que se enfrenta nuestra sociedad: *“cambio climático, energía y uso eficaz de los recursos, salud, evolución demográfica, etc. Cada uno de los eslabones de la cadena de innovación debería ser reforzado, desde la investigación sin límites hasta la comercialización”*

¿Pero cómo canalizar estas nuevas ideas para hacer frente a los desafíos sociales de los que nos habla el Parlamento Europeo?. La respuesta se ha dado a través de las nuevas Directivas. En concreto, la Directiva 2014/24/UE, que considera “crucial” la contratación pública para impulsar la innovación, de gran importancia para el crecimiento de Europa. En su artículo 2.1. “Definiciones”, apartado 22, dice que es:

*“introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.”*

La Guía para la compra pública de innovación<sup>110</sup>, contempla entre sus objetivos:

- *“La mejora de los servicios públicos mediante la incorporación de bienes o servicios innovadores.*

<sup>110</sup> GUÍA 2.0 para la compra pública de innovación. Ministerio de Ciencia e Innovación. Junio de 2015.

- *El fomento de la innovación empresarial.*
- *El impulso a la internacionalización de la innovación empleando el mercado público local como cliente de lanzamiento o referencia.”*

Y establece dos modalidades de compra pública ordinaria, esto es, compra pública de tecnología innovadora (CPTI), *“de un bien o servicio que no existe, en el momento de la compra pero que puede desarrollarse en un período de tiempo razonable [...]”*, susceptible de adjudicación mediante procedimientos ordinarios, siendo indicados los procedimientos con negociación o diálogo competitivo; y compra pública precomercial, *“contratación de servicios de investigación y desarrollo (I+D), íntegramente remunerada por la entidad contratante, caracterizada por que el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su propio uso en exclusiva, sino que comparte con las empresas los riesgos y beneficios de la I+D necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado [...]”*. Este tipo de contratación no se sujeta al régimen general de la LCSP 2017. Ambas modalidades de compra se muestran diferenciadas del procedimiento de asociación para la innovación que veremos más adelante, ya que como dice TARDÍO PATO, *“esta última no sólo abarca la adquisición del resultado final, sino también de la referida actividad investigadora anterior [...]”*

La innovación no es, por tanto, un característica estratégica sustantiva como lo son los aspectos sociales y medioambientales<sup>111</sup>, ni un contrato, ni una forma de adjudicación<sup>112</sup>, sino más bien un proceso inductivo<sup>113</sup> favorecedor

<sup>111</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2008) 400 final. Bruselas, 16.7.2008. Al citar la relación entre la CPE y la innovación, pág. 11, dice: *“l a CPE es un potente instrumento para promover la innovación y animar a las empresas a desarrollar nuevos productos con un mejor comportamiento ambiental”*.

<sup>112</sup> No me refiero al procedimiento de Asociación para la innovación, calificado por José Antonio TARDÍO PATO, de nuevo procedimiento y contrato en *“La asociación para la innovación: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia”*. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2016, Núm. 181, pág. 286.

<sup>113</sup> Concepto clave, refiere María HERNANDO RYDINGS, *“El fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación a través de las compras públicas”*. Comenta la autora: *“a la hora de conseguir mantener el desarrollo económico y bienestar de los ciudadanos en un entorno mundial cada vez más competitivo que tiene que hacer frente a retos tales como el cambio climático, la escasez de recursos o el envejecimiento de la población”*

de la investigación y el desarrollo enfocado a la obtención de bienes y servicios más eficientes por las Administraciones Públicas<sup>114</sup>, del que además se beneficia el mercado, especialmente el de los pequeños innovadores, mediante herramientas de reducción de cargas administrativas, tales como la autodeclaración de cumplimiento de requisitos previos o declaración responsable<sup>115</sup>, el ajuste de los criterios de selección, facilitando la participación de empresas con facturación relativamente baja, o el uso de los lotes, acorde con las capacidades funcionales de las mismas. La Guía de la Comisión Europea, se refiere a un elemento facilitador importante, como es la interoperabilidad o estándares abiertos, cuyos requisitos corresponde establecer al comprador público, *“para interconectar diferentes bloques de un sistema que los proveedores proporcionan en diferentes lotes”*.

La Guía de Innovación del Ministerio de Ciencia e Innovación, también refiere medidas para promover la participación de las PYMES, tales como la potenciación de la publicidad de las licitaciones, programas de divulgación y capacitación, una comunicación más fluida entre partes contratantes, que permitan a las empresas dar a conocer sus productos y actividades innovadoras, desagregar en lotes los contratos, incentivar la subcontratación en procedimientos de licitación innovadores, y favorecer las relaciones entre las PYMES innovadoras y las grandes empresas. Sin olvidar que *“la gestión de la entrega del contrato implica monitorización y evaluación- cuyos*

<sup>114</sup> Véase *Guidance on innovation procurement*, European Commission, Brussels, 15.5.2018 C 3051 final. En su apartado 1-1, cuando se pregunta: *“¿por qué la compra de innovación?, se responde que para «brindar un servicio público de mayor calidad con un presupuesto óptimo», y añade: “una solución innovadora rara vez se obtiene solo por su carácter innovador. En la mayoría de los casos, una solución innovadora se vuelve interesante para los compradores públicos cuando permite resultados similares o incluso mejores a costos optimizados”*. También puede verse la *Guía práctica de contratación pública para profesionales, sobre cómo evitar los errores más comunes en los proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos*, de la Comisión Europea, febrero de 2018, pág. 14, en la que se anima a los poderes adjudicadores a hacer el mejor uso estratégico de la contratación pública para estimular la innovación: *“La adquisición de productos, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad.”*

<sup>115</sup> Como dice la «Guía de Innovación» citada en la nota anterior, *“tiene más sentido comercial reunir certificados justo antes de firmar el contrato que al comienzo de un procedimiento [...]”*

*resultados pueden ser utilizados para extraer lecciones para futuros procedimientos de contratación pública, contratos, proyectos y políticas<sup>116</sup>.”*

Con esta idea de prestación de un servicio de mayor calidad con un presupuesto óptimo, favoreciendo a las empresas más innovadoras, la LCSP 2017 contempla un nuevo procedimiento denominado “Asociación para la innovación”, previsto para *“aquellos casos en los que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración. Se trata, por tanto, de supuestos en que las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación”*.

Se trata de un único procedimiento que comprende, en sentido amplio, dos fases sucesivas, la realización de una actividad de investigación y desarrollo, respecto de obras, servicios y productos innovadores, y su posterior adquisición por la Administración. El preámbulo de la LCSP, distingue cuatro momentos diferenciados, selección de candidatos, negociación con los licitadores, la asociación con los socios, y la adquisición del producto resultante.

TARDÍO PATO, plantea la cuestión de si esta Asociación debe configurarse como una *“asociación en sentido estricto, como una sociedad civil o mercantil”*, y tras analizar algunos textos normativos franceses, alemanes, ingleses e italianos de transposición de la Directiva, llega a la conclusión de que se están utilizando términos que en español traducimos como colaboración, razón por la cual en la versión española, dice, *“se podría haber utilizado perfectamente la expresión «colaboración para la innovación»*. De ahí que hemos de entender que la Directiva no crea personalización jurídica alguna<sup>117</sup>, sino la división de un nuevo procedimiento en dos grandes fases,

<sup>116</sup> Guía sobre el tratamiento de las soluciones innovadoras en la contratación pública (*Pro inno Europe paper* n°1) “10 elementos de buenas prácticas”, Pág. 22- Traducción de Anabel PEIRO BAQUEDANO.

<sup>117</sup> GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>, en la cita que de él hace TARDÍO PATO, dice que *«en puridad no tiene naturaleza de asociación, dado que se trata de un simple acuerdo»*. En la misma cita, RAZQUÍN LIZÁRRAGA, Martín M<sup>a</sup>, indica que *«el término asociación usado en la traducción*

la de investigación y desarrollo, y otra sucesiva de comercialización del resultado.

En definitiva, el nuevo procedimiento no sustituye la compra pre-comercial, tampoco a la compra de tecnología innovadora<sup>118</sup>, es como dice la GUÍA 2.0 para la compra pública de innovación *“una figura intermedia entre los contratos públicos al uso y la contratación pre-comercial. La innovación tecnológica es un medio imprescindible para el objetivo final de la asociación, pero el objetivo es la obtención de nuevos bienes y servicios para el órgano de contratación”*

Ya en el ámbito experiencial, SINDE CANTORNA<sup>119</sup>, nos habla de la transformación de las entidades locales en un escenario de ciudades innovadoras y de cómo abordar la innovación para construir el nuevo modelo de ciudad, basado en *“tecnología, sostenibilidad, integración e innovación [...]”*, atribuyéndoles la condición de motor del cambio, *“como un gran proceso de transformación cultural que permita la apropiación de tecnología para mejora de los servicios públicos [...]”*. E introduce un concepto interesante para promover la innovación entre los operadores económicos, como es el denominado mapa de «demanda temprana», que sirve de orientación al mercado sobre las necesidades de las entidades contratantes, favoreciendo así capacidades de I+D+i, que utilizarán en los procesos competitivos de licitación. La «demanda temprana»<sup>120</sup> comparte con el Plan de Contratación,

*española de la Directiva no debe tomarse en su tenor literal, de modo que no es necesario crear formalmente una asociación»*

<sup>118</sup> TARDÍO PATO, José Antonio, “La asociación para la innovación: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia”. Explica el autor, *«lo mismo que la Directiva dice que seguirán estando disponibles los modelos de contratación de la Comunicación de 2007 sobre la contratación precomercial, cuando sólo se quiera contratar actividades de I+D para el alumbramiento de nuevas soluciones o medios a las necesidades en cuestión, debe seguir entendiéndose como aplicable la «compra pública de soluciones innovadoras» («public procurement of innovative solutions»- PPI-) del Reglamento (UE) N° 1290/2013, para la mera adquisición de productos, servicios u obras de nueva tecnología, que no requieran nueva investigación y desarrollo previos. Pág. 293.*

<sup>119</sup> SINDE CANTORNA, Sandra. “La Compra Pública de innovación como herramienta transformadora de las entidades locales innovadoras”. *El Consultor de los Ayuntamientos* n° 3/2018. Marzo, N° 3, Editorial Wolters Kluwer. Págs. 3-9.

<sup>120</sup> *Guía de Contratación Pública de Innovación del Ayuntamiento de Madrid*, Ayuntamiento de Madrid, 2018. La Guía establece que el mapa de demanda temprana *“servirá para que el mercado conozca con antelación los proyectos que el Ayuntamiento tiene la intención de licitar*



previsto en el artículo 28 de la LCSP su carácter de previsión<sup>121</sup>, de anticipación de procedimientos de licitación que los operadores deben conocer para mejor posicionamiento estratégico ante las demandas de obras, suministros y servicios de las entidades contratantes, pero es algo más; como dice Sandra SINDE, incluye la identificación de oportunidades de mejora, el desarrollo de ejercicios de «*vigilancia tecnológica*», la consulta al mercado para recabar información sobre tecnologías emergentes o ideas innovadoras.

Si nos referimos a experiencias concretas municipales, la ciudad de Madrid, a través de su Guía de Contratación Pública de Innovación, entiende la misma, como “*el inicio del proceso de creación de valor añadido que nos lleva al desarrollo económico y social.*” Considera, además, objetivos relacionados con la promoción de mercados innovadores, el desarrollo empresarial y la mejora de los servicios públicos, de los que se derivarán beneficios sobre el empleo cualificado, el acceso al mercado de las PYMES, la modernización del sector público, el interés común y el crecimiento de la economía.

Por su parte, la ciudad de Barcelona, en la *Diagnóstico en compra pública para la innovación*<sup>122</sup>, llevada a cabo por IEPA, (Instituto Europeo de Administración Pública), con el objetivo de analizar las buenas prácticas en compra pública de innovación en algunas ciudades europeas y compararlas con la situación que presenta el Ayuntamiento de Barcelona, concluye que éste no es ajeno a la tendencia estratégica europea, al apostar por la compra pública sostenible, aunque detecta situaciones carenciales que impiden promover la innovación, tales como la falta de experiencia de las Unidades

*y, con ello, fomentar la innovación desde el lado de la demanda.*”, Cita como ejemplos de innovación los proyectos de: “*análisis de nanopartículas para la evaluación de la contaminación medioambiental, las soluciones innovadoras para cubiertas sostenibles en la ciudad de Madrid, las soluciones innovadoras para simular y evaluar situaciones de emergencia en las ciudades, y el sistema de traducción automática para la comunicación con personas con discapacidad auditiva severa.*”

<sup>121</sup> En el mismo sentido la *Guía sobre el tratamiento de las soluciones innovadoras en la contratación pública (Pro Inno Europe paper N°1)*. Cuando señala: “*El éxito de la contratación pública de innovación requiere compradores públicos que sean clientes inteligentes, que planeen lo que van a necesitar comprar y cómo comprarlo.*”

<sup>122</sup> VARA ARRIBAS, Gracia, VAN DER MOST, Jasmijn, European Institute of Public Administration EIPA, Evaluación comparativa con experiencias europeas.

de Contratación, la organización del reparto de riesgos, las cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual o las posibilidades de financiación de las operaciones de innovación. Finalmente, recomienda la introducción en la contratación pública del concepto de ciclo de vida y de economía circular como plan estratégico, la constitución de un centro de conocimiento asesor con perfiles multidisciplinares, en compras, tecnología, y asesoría jurídica y económica, la creación de un fondo económico para su aplicación a las políticas de innovación, la formación del personal, la fijación de un 3% del presupuesto de contratación en innovación, y otros instrumentos de fomento para la introducción de la nueva cultura como el establecimiento de un premio al mejor proyecto. Son significativos los casos prácticos que incorpora la *Guía de contratación pública Innovadora*<sup>123</sup>, sobre los servicios de limpieza de la Ciudad de Gante, el hormigón con tecnología «fotocatalítica», o los pavimentos sostenibles.

## 2. Elementos que distorsionan el escenario.

En el apartado anterior hemos visto cómo esta herramienta de la contratación pública dibuja una transición desde los postulados eminentemente garantistas a una utilización instrumental y estratégica, capaz de influir positivamente en los operadores económicos, para contribuir a la mejora de políticas sociales, medioambientales y de innovación. Sin embargo, como ya anunciábamos, no todos los resortes de esta “*maquinaria productiva administrativa*” están perfectamente alineados o “engrasados”, antes bien encontramos determinadas debilidades y amenazas<sup>124</sup> para la consecución de los objetivos estratégicos

<sup>123</sup> Guía de contratación pública innovadora, VV.AA., Ayuntamiento de Barcelona, 2017

<sup>124</sup> ALONSO GARCÍA, M<sup>a</sup> Consuelo. “Contratación Pública Ecológica”. *Gabilex*, núm. Extraordinario, marzo de 2019, pág. 159 y ss., habla de dificultades para la puesta en marcha de esta nueva “arma” de la contratación pública con dimensión ecológica, y se refiere a ello diciendo: “se necesita formación de los propios operadores públicos encargados de llevar a cabo el proceso de contratación, coordinación de todas las unidades administrativas implicadas y con los propios empresarios, información sobre los criterios ambientales susceptibles de ser aplicados y una buena dosis de sensibilización de la sociedad a todos los niveles, además de tener que superar otros obstáculos tales como la necesidad de contabilizar en términos económicos la rentabilidad de esta práctica, que la mayor parte de las ocasiones sólo se advierte a largo plazo.”

trazados. Entre ellas, sintetizadas por orden de importancia, se presentan las siguientes:

### **2.1. Falta de impulso y concienciación**

El modelo de gestión burocrático, limitado a la vertiente garantista, influido por el departamentalismo y la jerarquía funcional, limitativo de esa visión escorada hacia la satisfacción de necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, esto es, *“para quién se hacen las cosas”*; la existencia de estructuras no orientadas a procesos, sin visión transversal y sistémica de la organización que considere a todas las partes implicadas en el desarrollo del proceso de contratación; la falta de liderazgo político y técnico que lleve a cabo las tareas de impulso y concertación, concienciando a todas las partes interesadas del impacto que, en la conservación del medio ambiente o en el establecimiento derechos sociales que benefician a grupos de población vulnerable, tiene el consumo de bienes y servicios públicos o, en definitiva, la simple pereza a salir de la *“zona de confort”* en la que se instalan no pocas veces los grupos de empleados públicos; son frenos a una contratación pública estratégica, capaz de influir en los comportamientos de las partes contratantes para conseguir ese plus colaborativo y causal de una contratación pública más eficiente, por rentable, y por un mejor aprovechamiento de los recursos, aunque como veremos más adelante, esto no puede ser una mera tautología, sino que precisa de demostración.

### **2.2. Incertidumbre jurídica**

Es un problema de menor calado y, aunque todavía vigente, se corresponde fundamentalmente con un espacio temporal anterior a la aprobación de la nueva LCSP 2017, que nos habla de la dificultad, por desconocimiento, de las posibilidades de establecimiento de características sociales y medioambientales en los Pliegos de condiciones, pese a que ya habían sido dictadas sendas comunicaciones interpretativas de la Comisión Europea, de 15 de octubre de 2001 COM (2001) 566 final, y de 4 de julio de 2001 COM

(2001) 274 final. Es una época en la que se duda sobre la efectiva vinculación de aquéllas al objeto del contrato, en la que se distingue entre cualidades intrínsecas, relacionadas íntimamente con la prestación, o dirigidas a una población especialmente vulnerable, pero que nada o poco tiene que ver con las personas al servicio de la empresa contratista, como veremos en el Capítulo IV al analizar los antecedentes de esta contratación instrumental o estratégica.

La incertidumbre jurídica produce inseguridad en los gestores, atenaza las posibilidades de innovar en el campo de la compra pública y, por consiguiente, impide una auténtica contribución a la ejecución de las estas políticas, máxime cuando la alternativa al contexto de incomodidad de los gestores, encontramos el remanso de una compra clásica, basada en el precio y calidad de las prestaciones, sin necesidad de *“ir más allá”* en ese ejercicio de responsabilidad social de las organizaciones que es causa de esa búsqueda inapelable de la mejora continua de los servicios.

Pero este panorama cambia con la llegada de la LCSP 2017. Su artículo 145.6 “Criterios de adjudicación”, desde ya lo anticipamos, sobre la base de la nueva Directiva de Contratación Pública 2014/24/UE, artículo 67, nos descubre una definición, hasta ese momento inexistente, de vinculación al objeto del contrato, considerando no sólo sus aspectos clásicos de referencia e integración con el mismo, sino también de factores que intervienen en el proceso de producción, prestación y comercialización de las obras, los suministros o los servicios, en especial en lo relativo a las formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas. Factores que no solo se refieren ya a la naturaleza intrínseca de los bienes (sustancia material) o de los servicios que se adquieren, sino también a cualquier otra etapa de su ciclo de vida. Es decir, sin adelantarnos, siquiera sea brevemente, al desarrollo de este importante precepto, el concepto de vinculación abraza, características sociales relacionadas con el personal del contratista que ejecutará el contrato, características ambientales que no forman parte de la sustancia material del

producto o lo son de otra etapa de su ciclo de vida, desde la extracción de las materias primas hasta su reutilización, formas de producción que no se refieren al producto en sí mismo, ni a su calidad, sino a la forma justa de su comercialización, pagando lo que realmente merecen los servicios de los productores de pequeñas explotaciones y, por supuesto, la tradicional vinculación intrínseca y cualitativa de la prestación cuando se dirige a una población especialmente desfavorecida o se lleva a cabo mediante la utilización de prácticas o productos ecológicos.

En este sentido, resulta significativa la reflexión del Tribunal de Cuentas Europeo, que en su informe especial 10/2015, observación núm. 69, señala que *“Al codificar la jurisprudencia existente, las nuevas Directivas sobre contratación pública proporcionan una mayor seguridad jurídica y mejoran el acceso a la contratación pública para los profesionales, por lo que podrían ayudar a evitar determinados errores<sup>125</sup>”*

### 2.3. Falta de conocimiento sobre la conservación del medio ambiente

Pese a las importantes ventajas que supone la contratación pública “verde”, recogidas en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, sobre contratación pública para un medio ambiente mejor (COM 2008) o el Manual sobre contratación pública ecológica de la Comisión Europea, en su 3ª

<sup>125</sup>Informe especial Tribunal de Cuentas Europeo 10/2015, “Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión”. El informe analiza una selección de modificaciones relativas a los contratos públicos de obras y servicios y de su potencial para resolver el problema de los errores de contratación pública en el ámbito de la cohesión. Concretamente, en su recuadro 11, habla de la posibilidad de emplear aspectos sociales y medioambientales como criterios de adjudicación, y dice expresamente: *“las autoridades de los Estados miembros visitados en la presente fiscalización manifestaron su preocupación por el riesgo de que la nueva legislación incorpore nuevos elementos de complejidad al brindar la posibilidad de incluir criterios de adjudicación y condiciones de ejecución del contrato relacionados con aspectos sociales y medioambientales. La contratación basada en estos aspectos podría dificultar a los poderes adjudicadores la tarea de garantizar un proceso transparente y no discriminatorio. Puede llevar un tiempo adquirir la experiencia necesaria para encontrar criterios de adjudicación y condiciones de ejecución del contrato lícitos y adecuados en los sistemas de los Estados miembros”*.

edición<sup>126</sup>, existen todavía algunas causas impeditivas de su difusión, tales como:

- Falta de conocimiento sobre el Medio Ambiente, y cómo desarrollar criterios ambientales en el procedimiento de contratación. Así, LÓPEZ TOLEDO<sup>127</sup>. Es un hecho que el procedimiento administrativo de la contratación vela, preferentemente, por las garantías jurídicas que asisten a los licitadores y por el respeto a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en particular, de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los derivados de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia; pero también lo es que la contratación pública no es un fin en sí mismo, sino una herramienta, un inductor capaz de utilizarse estratégicamente para alcanzar otros fines complementarios de la misma, obteniendo las ofertas más ventajosas no sólo en lo económico, concepto tradicional hasta la llegada de la cuarta generación de Directivas, sino también las que persiguen objetivos sociales y medioambientales al mejor precio y calidad.
  
- Desconocimiento de los beneficios económicos derivados de esta contratación, especialmente el de creación de un mercado responsable que limite la participación de las empresas que no internalizan sus

<sup>126</sup> *Adquisiciones Ecológicas, Manual sobre la contratación pública ecológica*, 3ª edición.

<sup>127</sup> LÓPEZ TOLEDO, Purificación. "La contratación pública verde y su nueva regulación en el derecho de la Unión Europea". *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 134, Noviembre 2014, Editorial Wolters Kluwer, pág. 3.

costes ambientales<sup>128</sup>, incumpliendo la normativa de protección ambiental<sup>129</sup>.

- o Carencias metodológicas y de conocimiento en el ámbito del cálculo del coste de las externalidades y del ciclo de vida útil de los productos. El precio, como criterio de adjudicación, puede definirse como el importe a satisfacer por la compra de un bien, o por la realización de una obra o servicio, concepción clásica que nos ayuda a discernir y, por tanto, a clasificar las ofertas según lo que pagamos por ellas en el momento de la compra. Con ello están familiarizados los órganos de contratación y sus asistencias técnico-jurídicas, sin que presente especiales problemas. Sin embargo, no debe confundirse el precio con el valor de las cosas. Un planteamiento de valor tiene en cuenta otros aspectos que estudian el precio o coste junto con la rentabilidad, atendiendo al ciclo de vida de los productos, obras o servicios, es decir, las fases consecutivas o interrelacionadas que se suceden durante su existencia, tales como: *“la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que ésta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la*

<sup>128</sup> LÓPEZ GORDO, José Francisco. *Medio ambiente comunitario y protocolo de Kioto: La armonización de la imposición energética o un mercado sobre emisiones de gases de efecto invernadero*, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Junio 2008. *“La preocupación por los límites del crecimiento y las iniciativas internacionales para frenar las consecuencias del modelo económico e incitar el cambio hacia un desarrollo equilibrado y sostenible, marcan el comienzo de la etapa de administración de los recursos. Sus propuestas para solucionar el problema ambiental consisten en la implantación de nuevas tecnologías para mejorar la eficiencia energética, la conservación de los recursos y la aplicación del principio de «quien contamina, paga» para internalizar las externalidades ambientales. Pág. 797.*

<sup>129</sup> LÓPEZ TOLEDO, Purificación, en la cita de GIMENO FELIÚ, José M<sup>a</sup>, *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Edit. Cívitas, Madrid, 2010, págs. 364 y 365 (sin acceso personal a la obra de origen), señala la autora que *«en modo alguno puede justificarse que la propia recesión económica, en una aplicación absoluta del principio del valor económico de la oferta como elemento de decisión en la compra pública, se traduzca en un proceso de destrucción del tejido productivo empresarial español y europea, en tanto con tal opción se incrementarían los efectos de la crisis creando una fractura social de difícil recomposición. Es el momento de exigir "calidad" empresarial como parámetro previo para la participación de un proceso de licitación, exigiendo como requisito ciertos estándares sociales y ambientales, lo que se traducirá en un ajuste de mercado público a empresas "responsables" aunque el precio final que se obtenga por la prestación sea mayor».*

*adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización*". Las ventajas son considerables, el ciclo de vida informa de la totalidad de los costes relacionados con el producto o prestación, no sólo los evidentes, sino los que con posterioridad no se van a imputar al crédito presupuestario que soporta económicamente el contrato, generalmente de gasto corriente, pero afectados a la compra realizada.

- No existe un intercambio coordinado de las mejores prácticas entre Administraciones, que ayude a suplir las carencias metodológicas referidas, si bien la elaboración de planes por las administraciones de mayores recursos, como la Administración General del Estado, con su Plan de Contratación Pública Ecológica<sup>130</sup>, contribuye a extender las posibilidades de integración de características medioambientales en los contratos públicos, asegurando la solvencia técnica y jurídica necesarias que mitiguen el tímido acercamiento de los gestores a la utilización estratégica de la contratación.
- Y una vez más, resistencias a salir de la "zona de confort", esto es, a innovar, buscando la máxima eficiencia en el gasto público, e intentando hacer realidad las mayores ventajas que presuntamente se derivan de una contratación estratégica, aunque se trate de beneficios indirectos para el órgano de contratación, difícilmente cuantificables, sin una suma agregada de las externalidades medioambientales.

Aspectos todos ellos que pueden corroborarse en el Informe relativo a la Contratación Pública en España-2017<sup>131</sup>, cuyo apartado V, relativo a la

<sup>130</sup> Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025).

<sup>131</sup> *Informe relativo a la Contratación Pública en España-2017*. Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Abril de 2018. Correspondiente al ámbito de la Gobernanza en la contratación pública (arts. 83 y 85 de la Directiva 2014/24/UE, y art. 328.4 LCSP), producto de la obligación de los Estados miembros de remitir a la Comisión Europea un informe, cada tres años, sobre



Información sobre la aplicación práctica de la contratación estratégica nacional, ámbito de la contratación pública ecológica, al referirse a los principales problemas detectados en la elaboración de pliegos, describe las siguientes circunstancias:

<i>“Especificaciones técnicas</i>
<i>Desconocimiento técnico por falta de formación y/o falta de personal cualificado en la materia</i>
<i>Dificultad en la elaboración de los pliegos para establecer especificaciones técnicas que puedan ser cumplidas por las empresas licitadoras</i>
<i>Dispersión normativa y dificultad de su conocimiento exhaustivo por su cantidad y especialización</i>
<i>Dificultad en relacionar el criterio medioambiental con el objeto del contrato</i>
<i>Dificultad en obtener datos cuantitativos fiables de parámetros ambientales. Definición de especificaciones técnicas de características medioambientales que puedan ser valoradas.</i>
<i>Desconocimiento generalizado del abanico de productos existentes en el mercado e incertidumbre sobre si la introducción o exigencia de unas características técnicas de esos productos en los pliegos podrían suponer una excesiva restricción de la concurrencia.”</i>

#### **2.4. Falta de gestión del conocimiento**

Definido como *“espacio común para el encuentro de personas a fin de interactuar en pro de la generación, intercambio y asimilación de experiencias alrededor de áreas de aplicación específicas”*<sup>132</sup>, y en línea con lo ya adelantado en el penúltimo punto anterior, la falta de gestión del conocimiento se revela como una de las causas que impiden o perjudican esta visión estratégica de la contratación, alimentado miedos e inseguridades propios de organizaciones públicas estancas y aisladas entre sí. Si siguiéramos el

distintos aspectos de la contratación. El informe recoge información sobre la contratación sujeta a regulación armonizada, celebrada en España en 2017, por todos los poderes adjudicadores, y bajo el ámbito regulador del TRLCSP, aprobado mediante R.D. Leg. 3/2011, de 14 de noviembre.  
<sup>132</sup> MERINO MORENO, Carlos. “CoPs: Factores clave de éxito”. Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

esquema de capital intelectual<sup>133</sup>, debería actuarse sobre los siguientes ejes de gestión prioritarios:

- Capital humano (conocimiento que poseen las personas como fuente propia): Es una especie de conocimiento en bruto, sin explotación, susceptible de aprovechamiento mediante la gestión por competencias de los empleados. De especial relevancia en la adecuación de perfiles a los puestos de trabajo, y mejora del desempeño de los mismos.
- Capital estructural (conocimiento que parte de normas, manuales, guías, protocolos y procedimientos): Propicia el intercambio de ideas y generación de pensamiento innovador que se comparte y se integra en la cultura estratégica de la organización. Alineación de objetivos de los departamentos y unidades administrativas con los objetivos estratégicos diseñados.
- Capital relacional (información que llega del exterior): Extiende el conocimiento expreso y tácito de algunos empleados mediante su participación diversos eventos. Conocimiento que revierte en la organización facilitando su gestión.

## 2.5. Falta de control en la ejecución de las prestaciones

Lo veremos más adelante, en el Capítulo XI, baste por ahora indicar que el mayor problema se detecta en la ausencia de mandatos claros, precisos y

<sup>133</sup> Escuela de Administración Pública de Castilla y León y de la Fundación CEDDET. Citando a Stewart, define el capital intelectual como *“el material intelectual que ha sido formalizado, capturado y gestionado para crear bienestar a través de la producción de activos de mayor valor”*. Siguiendo el trabajo de autores como Bontis, los hermanos Roos, Dragonetti, Stewart, Sveiby, Edvinsson, Malone, Saint-Onge, Sullivan, etc., el capital intelectual es definido como la suma de tres componentes básicos, a saber:

- *Capital humano.*
- *Capital estructural.*
- *Capital relacional*

estructurados para el ejercicio de la función de supervisión de la ejecución de los contratos.

El concepto de control aparece ya en el artículo primero de la LCSP, ligado al gasto público y persigue el objetivo de la “... *eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa*”. Aunque como puede observarse no se le relaciona con la ejecución del contrato, evidencia clara de cómo el legislador ha pasado “de puntillas” sobre este ámbito, no es menos cierto que la eficiente utilización de los fondos, al margen de los controles financieros, requiere de un específico, eficaz y eficiente control de ejecución de las prestaciones por parte del Director de las Obras, en los contratos de este tipo y del Responsable del Contrato en el resto.

Como dice ORTEGA OLIVENCIA<sup>134</sup>: “*una vez formalizado el contrato, no se encuentra tiempo para inspeccionar o vigilar el servicio, ni hacer un seguimiento permanente del mismo a través de la figura del responsable del contrato. Nos encontramos con demasiados límites a esa actuación inspectora.*”

Y, entonces, cabe cuestionarse ¿de qué sirve establecer características sociales y medioambientales en los procedimientos de contratación, si el cumplimiento de la prestación no se verifica por el órgano de contratación, ni se aplican, en consecuencia, las medidas correctoras que correspondan?. El Responsable del contrato, según prevé el artículo 62 LCSP, lleva a cabo tareas de supervisión de su ejecución, y le corresponde “*adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada [...]*”, sin embargo, la mayoría de los órganos de contratación no atribuyen cometidos claros de supervisión

<sup>134</sup> ORTEGA OLIVENCIA, S.F. “El coste de los servicios públicos locales”. *El Consultor* 5-2014.

cuando se trata de la vigilancia de compromisos de carácter social o medioambiental, de ahí que el importante beneficio social que, presuntamente se obtiene de su inclusión, puede verse minimizado si no se dispone de una mínima estructura de supervisión, con atribuciones concretas y efectos precisos<sup>135</sup>.

### 3. Consecuencias de no intervenir.

Lamentablemente, la Administración tiene todavía un amplio recorrido para asumir algunas ineficiencias más en el camino hacia la mejora de sus servicios públicos. De ahí que, la primera consecuencia y alternativa a la no intervención estratégica, a través de la contratación pública, será ninguna. Y ello por dos motivos, el primero por la temporalidad del mandato de cargos electos y personal directivo nombrado para la ocasión, y en segundo lugar, porque estos nuevos modos de gestión, basados en el posicionamiento estratégico, presentan resultados a largo plazo, solo después de un cambio de cultura organizativa interna y de un proceso de ejecución que va calando en la sociedad poco a poco. Sin embargo, no podemos cerrar el capítulo sin hacer referencia a las consecuencias derivadas de la demora de las soluciones a los elementos distorsionadores de los objetivos planteados, entre los que encontramos los siguientes:

#### 3.1. Deterioro de las políticas sociales y medioambientales

Evidentemente, ésta es una consecuencia que comienza a tener mayor visibilidad en los escenarios de la tercera generación de Directivas,

<sup>135</sup> "Informe de fiscalización de la contratación realizada por los Ministerios del área político-administrativa del Estado y sus organismos dependientes durante el ejercicio 2013", cuyo apartado IV "CONCLUSIONES", punto 4, recoge la siguiente afirmación: *"En numerosos expedientes no consta la documentación acreditativa de la realización total del contrato a satisfacción de la Administración"*. Y, seguidamente, en su Recomendación 2. dice: *"Sería recomendable llevar a cabo un mayor seguimiento de la ejecución de los contratos y del cumplimiento de los plazos, haciendo efectivas las garantías en caso de incumplimiento y, en su caso, la imposición de penalidades."*

especialmente de la DIRECTIVA 2004/18/CE<sup>136</sup> y en las normas de transposición, agrupadas bajo el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), puesto que como hemos anticipado, al estudiar la evolución de la estrategia, la difícil en ocasiones, vinculación al objeto del contrato y los pronunciamientos de la doctrina jurisdiccional y administrativa presentaban comportamientos de cierta tibieza por los órganos de contratación en el establecimiento de características sociales y ambientales. Tampoco queremos decir con esto que en el marco de la LCSP 2017, no se vaya a dar la consecuencia. Sabido es que en la nueva norma, fruto de la transposición de las Directivas 2014/23 y 24, relativas a la adjudicación de contratos de concesión y de contratación pública, respectivamente, se produce un mayor acercamiento a las posibilidades estratégicas de la contratación, definiendo más claramente en qué consiste la vinculación al objeto del contrato, con una mirada, como siempre, al valor intrínseco de la prestación, fiel a la tradición europea en la materia, constituida fundamentalmente por las dos comunicaciones de 18 de julio de 2001 COM (2001) 366 final, y de 15 de octubre 2001 COM (2001) 566 final, pero también considerando su valor extrínseco, esto es el vinculado con la parte factorial productiva, recursos y formas de producción, social y medioambientalmente sostenibles y justas, en cualquier etapa de su ciclo de vida, aún no formando parte de sustancia natural.

Pero sabido es también, que las organizaciones públicas se muestran lentas en la interiorización de los nuevos requisitos, especialmente cuando son de importante calado, ya sean las recién llegadas administración electrónica, transparencia y rendición de cuentas, licitación electrónica o, por lo que ahora nos interesa, la aplicación estratégica de la contratación pública, impulsando buenas prácticas que coadyuvan a la extensión de políticas sociales y medioambientales a través de la innovación pública. Razón por la cual esta

<sup>136</sup> Directiva 2004/18/CE del parlamento europeo y del consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

consecuencia sigue teniendo vigencia en el nuevo escenario, más propicio, introducido por la LCSP 2017.

### **3.2. Creciente reproche social**

Ciertamente, para que esta consecuencia se dé se precisa que los grupos de interés y la sociedad en su conjunto, estén al tanto de las políticas estratégico-contractuales que llevan a cabo las Administraciones Públicas, que se comprenda su alcance e impactos sociales, pues de otro modo será difícil que se reproche algo que no existe en la conciencia colectiva. Y ahí queda mucho por hacer. Si nos situáramos en una escala graduada de niveles de acercamiento a estas políticas por parte de los órganos de contratación, podríamos establecer la siguiente clasificación:

- A. Órganos sin implementación o incompleta
- B. Órganos con implementación mínima-legal
- C. Órganos con implementación adicional a la legal
- D. Órganos con implementación adicional que miden los impactos de las políticas.

Solo cuando la sociedad y los grupos de interés conocen o se benefician de las políticas estratégico-contractuales, y las Administraciones miden sus impactos, tanto de satisfacción como de rendimiento, relativo a la eficiencia de su gasto, estamos en disposición de conocer la consecuencia que comentamos. Solo así sabremos si la no intervención, derivada de la mera inacción por falta de arraigo legal en las organizaciones, o del coste de oportunidad de gastar un euro en políticas estratégico-contractuales frente a políticas activas sociales y medioambientales; suponen o no ese creciente reproche social, que podría venir de la mano de asociaciones como las que velan por el crecimiento personal y la autonomía del colectivo de personas con discapacidad, asociaciones por la igualdad entre hombre y mujer, colectivos de desempleados jóvenes y mayores de 45 años, grupos ecologistas, etc.

### **3.3. Pérdida de reputación**

La opinión que las organizaciones públicas merecen a los ciudadanos no es una cuestión menor, tampoco el ejercicio comparativo al que se someten continuamente, entre homónimas, ya sean la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales. Se habla de calidad de vida aquí o allá, también de mejor ciudad para vivir, de mejor ciudad para hacer negocios, de ciudades digitales, de Smart City; es decir, aspectos que singularizan una organización de otra. Y en esa singularización está el elemento de comparación, de modo que no sería cierto que las administraciones tienen administrados, ciudadanos o, en terminología menos jurídica clientes, en todo caso cautivos. Una Ciudad puede alcanzar antes que otra sus objetivos de calidad social y medioambiental, cumpliendo igual que las demás la normativa a la que está sometida, si sus variables de organización, económicas y de innovación, son mejores que las de otra, aunque sea vecina.

### **3.4. Pérdida de notoriedad en la capacidad de influir en los agentes sociales y económicos**

Consecuencia asociada a las dos anteriores, la pérdida de notoriedad deriva de una incapacidad de las Administraciones titulares de la estrategia para dar satisfacción a las demandas sociales de los grupos de interés afectados, ya sean sociales, económicos o medioambientales, lo que se traduce igualmente en una pérdida de la capacidad de influir en los movimientos asociativos y grupos de interés para la creación de áreas de responsabilidad social de las empresas y de los agentes sociales, a través de las cuales debe contribuirse a extender las políticas estratégico-contractuales de las administraciones. Es decir, las Administraciones deben buscarse aliados sociales para conseguir, de modo más eficiente, los resultados esperados.

### **CAPÍTULO III. El difícil equilibrio entre una contratación instrumental y estratégica con el uso eficiente de los fondos públicos.**

Hemos visto en el capítulo anterior cómo el procedimiento de contratación pública se convertía en un potente inductor para la consecución de fines sociales, medioambientales o de innovación, que trascienden su mero uso como herramienta administrativa apta para la provisión de bienes y servicios públicos. Igualmente, hemos analizado las dificultades organizacionales y de cultura administrativa que presentan los nuevos usos de la herramienta, incluidas las consecuencias de no intervenir siguiendo una corriente tradicional-burocrática que considera al procedimiento como un fin en sí mismo, preocupado más de los canales de tramitación y sus garantías que de un verdadero servicio a la sociedad. También debe recordarse lo dicho en el Capítulo I, acerca de la RS en el ámbito público, y cómo ésta se convierte en guía o patrón para trascender el mero cumplimiento de la norma en dimensiones tales como la social, medioambiental, de cumplimiento laboral, y de motivación de las personas al servicio de la Entidad contratante.

Parece que no caben dudas sobre los importantes beneficios de la RS y por encima de todos el de la legitimación de su actividad regular de servicio público. Sin embargo, qué pocas veces se entra en el fondo de estas bondades, en un aspecto tan importante como el económico, que lleva a preguntarnos ¿quién paga lo gratis?<sup>137</sup>. La preparación del contrato nos habla del diseño, de los elementos personales que determinan la prestación a realizar y de sus convenios colectivos, de la representación de la mujer en el área de actividad correspondiente, de la adecuación del trabajo a las personas con discapacidad, de la ponderación de la mano de obra y su mecanización, del impacto ambiental del contrato y su relación con el uso más eficiente de los recursos o de la reutilización de los medios materiales, valorando todas las circunstancias

<sup>137</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, "El nuevo presupuesto base de licitación. Costes directos e indirectos", *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 5/2018. Mayo. Editorial Wolters Kluwer. Pág. 1.



extrínsecas al órgano de contratación, esto es de apoyo a otras políticas sociales, medioambientales o de innovación, de las que resulta igualmente beneficiario.

Pero esta nueva faceta instrumental de la contratación pública puede tener un coste<sup>138</sup>, puede que no sea gratis, al menos *a priori*, al menos no existen datos sobre la posible compensación de los mayores gastos con los beneficios indirectos, tales como el ahorro en otras políticas sociales, más el incremento del número de cotizantes y de la tributación en renta, que pueden corresponder a distintas administraciones. Ciertamente se intuyen, pero ¿es esto, la mera intuición, lo que lleva al legislador de la LCSP 2017, a establecer en su artículo primero la siguiente afirmación?: *“en la convicción<sup>139</sup> de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos [...]”*. Creo que está por acreditarse, tal y como afirma DÍEZ SASTRE <sup>140</sup>, ***“no existen suficientes estudios que analicen el impacto real en la práctica de la incorporación de cláusulas sociales en los contratos públicos” [...] “sólo será posible realizar una valoración ponderada de esta herramienta y de los límites impuestos por el derecho, cuando conozcamos realmente su eficacia y utilidad en la realidad”*** (la negrita es nuestra).

Pues bien, en este Capítulo trataremos de demostrar el difícil equilibrio entre la obtención de la eficiencia en el gasto a la que se refiere el artículo primero de la LCSP 2017 y el establecimiento de características sociales, medioambientales

<sup>138</sup> Si alguna lección podemos extraer de la valoración de la orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales, **es que no deben prestarse servicios públicos a cualquier precio.**

<sup>139</sup> El TACGal, en su Resolución 78/2019, de 8 de abril, llega a la conclusión de que un requisito como el establecimiento de criterios sociales y medioambientales, previsto en el artículo primero de la LCSP 2017, *“no cabe darlo por implícito, siendo imprescindible que el expediente de contratación justifique suficientemente que se cumple esa condición de relación con el objeto del contrato.”*

<sup>140</sup> DÍEZ SASTRE, Silvia, “Contratación pública socialmente responsable”, Cap. III, de la parte III “novedades sectoriales en contratación, competencia y sostenibilidad” del libro *Contratación, Competencia y Sostenibilidad: últimas aportaciones desde el derecho administrativo*, Directores: GUILLÉN CARAMÉS, Javier y HERNANDO RYDINGS, María. Ed. CIVITAS THONSON REUTERS, primera edición 2017. Págs. 263 y ss.

y de innovación para contribuir a ensanchar sus correspondientes políticas públicas.

## 1. Los principios económicos.

Ciertamente, como bien apunta PINTOS SANTIAGO<sup>141</sup>, *“los principios generales del Derecho, constituyen verdaderos cimientos que cumplen la triple función de servir como criterio de interpretación de las normas escritas, de colmar las lagunas o vacíos normativos, y de constituir el medio más idóneo para asegurar la unidad dentro de la pluralidad de preceptos que se aplican en la Administración”*. A continuación, lleva a cabo una clasificación entre los que destacan los que tienen mayor grado de antigüedad y de aceptación pacífica, entre los que cuentan los de eficiencia y economía.

Los principios, como dice RODRÍGUEZ-ARANA<sup>142</sup>, son el *fundamento de la contratación pública* y se caracterizan por su transversalidad en todas las fases del procedimiento, aplicándose a todos los contratos, no sólo a los sujetos a regulación armonizada.

El de eficiencia, como señala GIMENO FELIU<sup>143</sup>, es un principio claramente relacionado con la economía, que se explica por el rol de los poderes públicos en el desarrollo de las políticas económicas del Estado social.

*“la contratación pública ha de avanzar hacia una mayor transparencia y eficiencia, y debe procurar el beneficio, en primer lugar de los ciudadanos, pero también de los poderes públicos y de las empresas”*, nos dice ROMEO RUIZ<sup>144</sup>

<sup>141</sup> PINTOS SANTIAGO, Jaime, págs. 51-59, del libro *Contratación del Sector Público Local*.

<sup>142</sup> RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “Cap. I Introducción: Los principios generales del Derecho global de la Contratación Pública”, págs. 13-40 del libro *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, Instituto Nacional de Administración Pública INAP, 1ª Ed. Julio 2017.

<sup>143</sup> GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>. “El principio de eficiencia” págs. 1255-1274, del libro *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, Director, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ed. LA LEY, 1ª Ed. 2010.

<sup>144</sup> ROMEO RUIZ, Aritz. “Las cláusulas sociales en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y el nuevo paradigma de la contratación pública”. Cita a la CNMC, documento “Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la

Desde el punto de vista del proceso<sup>145</sup>, podemos afirmar con apoyo de la Guía “*Calidad de la Administración Pública. Una Caja de herramientas para gestores*”<sup>146</sup> que “*la eficiencia es la relación entre las entradas/recursos y los productos de las políticas, programas, proyectos, servicios y organizaciones*” para aumentar la productividad de los recursos públicos<sup>147</sup>. Concepto que se distingue del de eficacia como medida en la que han sido alcanzados los objetivos del programa, plan, proyecto, servicios o actividades de la Organización. Es decir, rentabilidad<sup>148</sup>, obteniendo el máximo rendimiento de los recursos disponibles, frente al mero resultado, ajeno al consumo de los mismos. Preocupación por la realización práctica del pensamiento “tres E”, *economía, eficacia y eficiencia*<sup>149</sup>, que también recoge MORENO MOLINA,<sup>150</sup>, reconociendo las diferentes dimensiones del principio de economía en el abordaje a la contratación pública: eficiencia en el manejo de los recursos de las Administraciones, que por razón de su naturaleza pública no deben dilapidarse, y la minoración de los costos del proceso de contratación mediante la utilización de procedimientos mínimos, evitando trámites innecesarios. En el ámbito económico<sup>151</sup> se dice que “*un proceso productivo es económicamente más*

competencia”. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 108. Mayo-Agosto 2017, págs. 127-151

<sup>145</sup> Entendido como conjunto de actividades mutuamente relacionadas, capaces de convertir expectativas y necesidades ciudadanas, mediante la utilización de recursos materiales o formales (jurídicos), en resultados.

<sup>146</sup> Versión traducida por la extinta Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL), de la versión original Quality of Public Administration. A Toolbox for Practitioners, elaborada por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea.

<sup>147</sup> OCHSENIUS ROBINSON, Iván, en la cita que hace del Organismo Internacional de Apoyo para el Mejoramiento de la Gestión y Gobernanza, SIGMA (2013), Iniciativa conjunta entre la OCDE y la UE, p.2., en el artículo titulado “¿Qué es necesario recordar de la eficiencia y eficacia en la contratación pública exigida hoy en día?”. Conceptualización y diferencias. *Contratación Administrativa Práctica* nº 152, 1 de nov. de 2017, Editorial Wolters Kluwer, la define como: “*reducir al mínimo la entrada de dichos recursos públicos para una producción determinada de bienes o servicios.*” Pág. 2.

<sup>148</sup> *No menor precio*, como dice GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup> en “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, *Presupuesto y Gasto Público*, 82/2016: págs. 137-158,

<sup>149</sup> LÓPEZ, J. y GADEA, A., “Una nueva Administración Pública. Estrategias y métodos para mejorar la calidad y la eficiencia del e-Gobierno”. Dice el autor que “*se busca un elemento de comparación de ofertas que favorezca o posibilite la economía de escala a fin de conseguir una óptima eficiencia de fondos públicos que ponga en valor la relación calidad/precio.*”

<sup>150</sup> MORENO MOLINA, José Antonio, *Los principios generales de la Contratación de las Administraciones Públicas*. Págs. del texto núms. 68-71

<sup>151</sup> CASAS PARDO, José, *Curso de Economía*. Madrid 1982.

*eficiente que otro cuando con menor coste se obtenga un output cuyo valor monetario sea igual o mayor que el producido con el primero.”.*

Siendo que estos principios generales, como reiteradamente defiende PINTOS SANTIAGO, “*resultan legales, obligatorios, necesarios y rentables social, medioambiental y económicamente a corto, medio y largo plazo*”, es preciso maximizarlos, anudados a la mejora continua de la gestión, en la ejecución del gasto público, para evitar despilfarros, fraude y conflictos de interés. La citada *Guía* se pregunta “*¿cómo pueden las Administraciones públicas hacerla (contratación pública) más eficiente y accesible, sobre todo para las PYME y a través de las fronteras, y utilizar su influencia para impulsar la innovación?*”. La respuesta se orienta a capacidades clásicas de coste-rentabilidad, tales como la utilización de procedimientos simplificados, contratación electrónica de principio a fin, contratación internacional, contratación precomercial y de soluciones innovadoras, aunque nada dice sobre la utilización instrumental de la contratación para influir en políticas sociales o medioambientales, aspecto éste que constituye el análisis de este capítulo.

Lo que parece evidente es que para alcanzar el objetivo de la eficiencia, es crucial generar la competencia más fuerte posible, dándose a los licitadores la oportunidad de competir en condiciones equitativas, evitándose los falseamientos de la competencia<sup>152</sup>.

También nuestra Carta magna se hace eco de los principios que seguimos en sus artículos 31 y 103, el primero de los cuales nos recuerda cómo el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, llevándose a cabo su programación y ejecución mediante criterios de eficiencia y economía, esto es, de mera rentabilidad y ahorro. O lo que es lo mismo, en palabras de

<sup>152</sup> AYMERICH CANO, Carlos, “Crisis económica y contratación pública”. Cap. I, II parte, nota 5, del libro *Contratación Pública Estratégica*, Director PERNAS GARCÍA, J. José. Pág. 87,

CARBONERO GALLARDO <sup>153</sup> *“necesidad de contratar mejor para obtener de las prestaciones el mayor rendimiento posible al precio más ajustado.”*

Esta visión economicista del Derecho, como decimos, por su naturaleza pública y redistributiva de un bien escaso, considerada por GIMENO como fruto de un nuevo contexto ideológico, político, económico e institucional actual, distinto al Derecho Administrativo clásico del Estado liberal, se refleja también en una parte importante de nuestro ordenamiento jurídico, en lógica coherencia con una contemplación sistemática del mismo, progresando desde aquella visión dominante de la que se hacían eco LÓPEZ, y GADEA, muy escorada hacia un pensamiento legalista<sup>154</sup>. Principios de eficiencia y de legalidad, concurrentes en

<sup>153</sup> CARBONERO GALLARDO, José Miguel. “Hacia la contratación pública eficiente: propuestas para agilizar los procedimientos, gestionar estrategias y agilización de la contratación”. *Revista de Estudios Locales* núm. 152-2012. Págs. 153-169.

<sup>154</sup> Las denominadas “tres E” invaden el ordenamiento jurídico, especialmente el económico de la Contratación Pública (artículo 1º “Objeto y finalidad” de la LCSP 2017, “*en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa*”), de la Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Art. 32 “sostenibilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas”, “*todo gasto se evaluará atendiendo a los principios de eficiencia y simplificación de los servicios prestados, incentivando la productividad del sector público. En especial, el Estado promoverá la colaboración entre las Administraciones Públicas para mejorar la eficiencia en la prestación de servicios públicos*”), de la Estabilidad Presupuestaria (Artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera: “*la gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público*”), de la Transparencia (art. 26 “Principios de buen gobierno” de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y de buen gobierno: “*1º. Actuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general*”), de las Haciendas Locales (Artículo 220 “Ámbito de aplicación y finalidad del control financiero” del R.D.Leg. 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales: “*del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos*”), del Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015, de 1 de octubre. Su artículo tercero, tras referirse al principio constitucional de servicio con objetividad a los intereses generales, y de actuación bajo los principios de jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento al de legalidad; apunta, entre otros, los de: racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión; planificación y dirección por objetivos, control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados; economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos); y hasta de la Función Pública (Artículo 13 “Personal directivo profesional” del R.D.Leg. 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público: “*3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.*”)

el proceso de la contratación pública, que han de mantener el debido equilibrio, para conseguir un servicio efectivo a los ciudadanos<sup>155</sup>, como demanda la citada Ley 40/2015, atendiendo objetivos sociales, medioambientales y de innovación. Dice GIMENO que *“en la gestión de la contratación pública no basta con realizar una tramitación que sea conforme al principio de legalidad. Además, es necesario que se respete, junto al principio de estabilidad presupuestaria, el principio de eficiencia. Así lo exige de forma expresa el considerando segundo de la Directiva 2014/24 de contratación pública”*. Del mismo modo, el profesor PAREJO ALFONSO, en la cita que hace de él CARBONERO GALLARDO<sup>156</sup>, observa que *“el problema de la eficacia administrativa no consiste en optar entre los elementos de la disyuntiva: Derecho o eficacia, sino en determinar las condiciones en que la actuación de la Administración, siendo conforme a Derecho, sea también efectiva, idónea para la satisfacción real de los intereses generales”*.

La eficiencia económica, junto a la competencia, es un valor central de la contratación pública para la CNMC<sup>157</sup>, hasta el punto de que, según afirma, *“cuando la competencia falta hay invariablemente una pérdida de eficiencia económica y un innecesario desaprovechamiento de recursos públicos, siempre escasos y costosos.”* En este sentido, es de destacar el principio de mejora de la competitividad, recogido en el artículo 3 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuando advierte *“que las Administraciones públicas impulsarán el incremento de la competitividad de las empresas, mediante marcos regulatorios que favorezcan la competencia y la eficiencia en los mercados de bienes y servicios, faciliten la asignación de los recursos productivos y la mejora de la productividad, en particular a través de la formación,*

<sup>155</sup> Según refiere RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, en “La contratación del sector público y las reformas administrativas”, *“en materia de contratación pública se trata de facilitar a los ciudadanos servicios, suministros y obras públicas que repercutan positivamente en sus condiciones de vida”*.

<sup>156</sup> CARBONERO GALLARDO, José Miguel. “Hacia la contratación pública eficiente: propuestas para agilizar los procedimientos, gestionar estrategias y agilización de la contratación”. *Revista de Estudios Locales*, nº 152-2012 (sin acceso personal a la obra de origen).

<sup>157</sup> Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Análisis de la Contratación Pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, de 5 de febrero de 2015*. Véase la siguiente dirección de Internet:  
<http://www.urko.net/attachments/article/701/ANEXO%20Informe%20CNMC%20Febrero%202015%20Contratación%20Pública.pdf>

*la investigación, la innovación y el uso de nuevas tecnologías, e incrementen la capacidad para competir en los mercados internacionales.”*

Deslindados, y aclarado el contenido de los principios que llamamos económicos, tan saturados en su uso conceptual, puede decirse que las Administraciones tienen cierta dificultad para llevarlos a la práctica, y mucho más para integrarlos como sistema a fin de contribuir a la realización de su misión de servicio público y de su visión como mejora de la calidad de vida de sus ciudadanos. Los principios deberían servir de aliciente para la mejora de la gestión contractual, abordando los diferentes trámites con método, contemplando a la organización como sistema, abrazando las interacciones entre las distintas actividades, y evitando los despilfarros propios de la falta de transparencia, de igualdad, de objetividad, de la simplificación, de la tramitación electrónica y, en definitiva, de la falta de rendimiento en la utilización de los recursos disponibles, humanos y materiales. Los efectos beneficiosos de este cambio se proyectarán sobre la coordinación interna, sobre la agilidad y simplicidad, sobre el control y evaluación, y hasta en el más sencillo cumplimiento de las normas o cambios de cultura organizativa, como el requerido para la introducción de la contratación electrónica o las características sociales, medioambientales y de innovación.

Sobre esta base conceptual de la que partimos, trataremos de despejar dudas acerca de si la hipótesis de partida, esto es la asociación y relación directa entre el principio de eficiencia en la utilización de los fondos públicos y la introducción de estas características que denominamos estratégicas de la contratación pública, se corresponde más con un deseo de la doctrina y de los legisladores europeo y nacional, que con una demostración empírica basada en hechos para la toma de decisiones.

## **2. La eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios. Consideraciones estratégicas.**

Desde sus más tempranos considerandos, concretamente en el núm.2, la Directiva 2014/24/UE sobre Contratación Pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, nos dice que la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, relacionando esta importante finalidad con un uso más eficiente de los fondos públicos. El legislador comunitario considera necesario para ello la revisión y modernización de las normas vigentes sobre la materia, y vuelve a insistir en la finalidad de incrementar la eficiencia en el gasto público a través de dos vías, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) y la mejor utilización de la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.

Al mismo tiempo no se olvida de la necesidad de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en particular, de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los derivados de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. **Esto es un sí a la contratación estratégica, al apoyo a otras políticas sociales, medioambientales y de innovación, pero bajo un elemento catalizador como es la eficiencia en el gasto público.** *“Así pues, la contratación pública debe ser analizada desde la perspectiva de la eficiencia pero conjugando adecuadamente el cumplimiento de objetivos sociales. Lograr un adecuado equilibrio es el reto”, dice GIMENO<sup>158</sup>.*

Más tarde, en el considerando núm. 47, la Directiva volverá a asociar este elemento estimulador de la eficiencia con la adquisición de bienes, obras y servicios innovadores, también como calidad de los servicios públicos y de fomento de un crecimiento económico sostenible, y en el núm.121, con una mejor orientación, información y asistencia a los poderes adjudicadores y los

<sup>158</sup> GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>. “El principio de eficiencia” págs. 1255-1274.



agentes económicos, gracias a mejores conocimientos, mayor seguridad jurídica y profesionalización de sus gestores<sup>159</sup>.

Se trata de conjugar, como menciona OTERO VARELA <sup>160</sup>, el desarrollo humano con la preservación de los recursos, y el consumo responsable, sin poner en riesgo las necesidades de las futuras generaciones, logrando así el equilibrio adecuado entre los tres pilares del desarrollo sostenible, esto es, los factores económicos, los factores sociales y los ambientales.

Desde la experiencia de la *Social Value Act* de Gran Bretaña (2013), nos dice BURZACO SAMPER<sup>161</sup>, *“se concluye que la toma en consideración de valores sociales y éticos comporta a la postre una mejor relación entre inputs y outputs, lo que determina mayor eficiencia”*.

Ya bajo el ámbito del ordenamiento jurídico español, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, se refiere, en su artículo 7, a los contratos públicos y a todo acto que afecte a los gastos o ingresos públicos, indicando que deberán valorar sus repercusiones y efectos, supeditándose al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Y por fin, nos encontramos con el artículo primero de la LCSP 2017 “objeto y finalidad”, que define como garantía de ajuste de la norma a los principios comunitarios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, asegurando, en conexión con el objetivo de estabilidad

<sup>159</sup> Como ha señalado SANMARTÍN MORA, María Asunción, *“la eficiencia en el uso de los recursos públicos exige que se supere la visión de la contratación pública como una función fundamentalmente administrativa para considerarla una profesión estratégica [...] La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”*, en J.M. GIMENO FELIÚ y M.A. BERNAL BLAY (Dir /Coord.) *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, 2012, pág. 407.

<sup>160</sup> OTERO VARELA, Juan Manuel, “Los objetivos del desarrollo sostenible y la contratación pública”. Cap. XV, pág. 387-400, del libro *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, Director RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, Instituto Nacional de Administración Pública INAP 2017.

<sup>161</sup> BURZACO SAMPER, María, “La Contratación Pública como instrumento activo de innovación social”, CIRIEC-España. *Revista Jurídica* N° 33/2018. Véase: [www.ciriec-revistajuridica.es](http://www.ciriec-revistajuridica.es)

presupuestaria<sup>162</sup> y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos públicos, mediante la salvaguarda de la libre competencia y la incorporación de criterios sociales y medioambientales, siempre que guarden relación con el objeto del contrato.

Llegados a este punto, cabe preguntarse si la introducción de características sociales en los contratos guarda una relación directa, tal y como lo hace la libre competencia, con la eficiente utilización de los fondos públicos. GIMENO insiste en la idea de que el principio de eficiencia debe ser visualizado conforme al cumplimiento de los fines públicos, atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación *“en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos”* <sup>163</sup>, lo que exige, por otra parte, diría el autor más tarde, *“repensar (y previamente planificar) en como utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de la contratación pública”*<sup>164</sup>. Por su parte ROMEO RUIZ<sup>165</sup>, sitúa la inclusión de criterios sociales entre los grandes objetivos de la LCSP 2017, en consonancia no sólo con la Estrategia Europa 2020, sino con el trasfondo de la cuarta generación de Directivas, y destaca la noción de eficiencia como eficiencia global, no basada exclusivamente en criterios económicos puros, sino también en el beneficio social como elemento indispensable. De *“Eficiencia social”* habla José Manuel MARTÍNEZ FERNÁNDEZ<sup>166</sup>, como objetivo a conseguir en cada contrato, a través de la transparencia, para obtener la máxima concurrencia en condiciones de igualdad.

<sup>162</sup> Aspecto que recoge para la Administración Local la DA 3ª de la LCSP, al referirse a los actos de fiscalización que *“recaerá también sobre [...] las repercusiones de cada nuevo contrato, excepto los contratos menores, en el cumplimiento por la Entidad Local de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que exige el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.”* Pág. 89.

<sup>163</sup> GIMENO FELIU, José Mª, “El principio de eficiencia”, págs. 1255-1274.

<sup>164</sup> GIMENO FELIU, José Mª, “La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP. Hacia una contratación socialmente responsable y de calidad”, *Revista Economía Industrial*, Núm. 415: Contratación Pública, 1er trimestre, año 2020.

<sup>165</sup> ROMEO RUIZ, Aritz, “Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm.191/2018 parte, Crónica Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2018. Pág. 7.

<sup>166</sup> MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel. “Los criterios de adjudicación y su valoración”. *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 23/2017. Pág.1.

Esta “eficiencia social”, dice OCHSENIUS ROBINSON<sup>167</sup>, que abarca muchos elementos, relacionándose habitualmente con el concepto de «impacto social», aunque reconoce, es difícil poder determinar hoy, en la contratación pública, qué decisión nos entrega una mayor o menor eficiencia social, *“ya que en esta materia intervienen muchos factores de los cuales varios sólo son medibles luego de un tiempo. Sabemos que lo social es bueno; pero comprobar esto muchas veces no es fácil, usando habitualmente más percepciones que datos concretos”* (la negrita es nuestra). El mismo autor<sup>168</sup> distingue entre objetivos operacionales y finales, relacionando los primeros con el proceso de contratación interna, y los segundos con el resultado final de la contratación, esto es, como instrumento estratégico para fomentar lo económico, social y medioambiental. Ambos, según OCHSENIUS, son complementarios, y de igual relevancia, sin embargo advierte una preocupación por los objetivos finales, olvidando algunas veces la esencia de la contratación pública, como es la provisión de los mejores bienes, servicios y obras en la mejor relación calidad/precio.

De un modo similar lo explica BERNAL BLAY<sup>169</sup>, cuando dice que el nuevo marco legislativo europeo de contratación pública persigue dos objetivos: la eficiencia del gasto y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Para alcanzar el primero, hay que generar competencia<sup>170</sup> en condiciones equitativas e incrementar la eficiencia en los

<sup>167</sup> OCHSENIUS ROBINSONS, Iván. “¿Qué es necesario recordar de la eficiencia y eficacia en la contratación pública ...?”. Pág. 3.

<sup>168</sup> En el Observatorio de Contratación Pública, 16/10/2017, se pregunta ¿Qué son los objetivos operacionales y finales en materia de contratos públicos y cuáles deberíamos priorizar?. Véase en la siguiente dirección de Internet:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.313/relcategoria.208/chk.9a0d78e-ddd05c08aeca48dbe6f0a1145>

<sup>169</sup> BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “Hacia una contratación pública local eficiente”, *Diputación Provincial de Zaragoza*, convocatoria de los Premios a la Investigación 2013 de Desarrollo Local (BOPZ 6 de marzo de 2013). Pág. 37.

<sup>170</sup> CNMC, *Análisis de la Contratación Pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, de 5 de febrero de 2015*. Véase la siguiente dirección de Internet:

<http://www.urko.net/attachments/article/701/ANEXO%20Informe%20CNMC%20Febrero%202015%20Contratación%20Pública.pdf>

Cuando la competencia falta, nos dice la Entidad “*hay invariablemente una pérdida de eficiencia económica y un innecesario desaprovechamiento de recursos públicos, siempre escasos y costosos.*”. Los principios de eficiencia y de legalidad, presentes en el proceso de la contratación pública, han de mantener el debido equilibrio para conseguir un servicio efectivo a los

procedimientos, mediante técnicas de racionalización y simplificación. Para conseguir el segundo han de generarse supuestos de integración de características sociales, medioambientales y de innovación en las fases de preparación, adjudicación y ejecución del contrato. La búsqueda de este segundo objetivo, concluye, *“puede contribuir también a la realización del primero- un gasto público más eficiente a largo plazo- por ejemplo, al conceder menos prioridad al menor precio inicial en favor del menor coste del ciclo de vida”*. ALGUACIL MARÍ y FELIP TORRENT<sup>171</sup>, se refieren a las ventajas de este tipo de contratación y con cita de la Guía de “Adquisiciones sociales”<sup>172</sup>, incluyen la de garantizar gastos públicos más eficaces y eficientes con mayor afectación real a las personas o colectivos más desfavorecidos. Detectan impactos tanto en los colectivos que se hallan en situación de desempleo, que disponen de medios económicos a través del trabajo personal, no provenientes de subsidios u otras prestaciones similares, como en la sociedad en general, ya que la incorporación al mercado laboral favorece el consumo y el producto interior bruto, implicando igualmente que determinados sectores no tengan que subvencionarse debido a la ralentización de las ventas.

En parecidos términos CARBONERO GALLARDO<sup>173</sup>, se refiere a la necesidad de contratar mejor para obtener de las prestaciones el mayor rendimiento posible, al precio más ajustado, esto es, que la ejecución del gasto responda a criterios de eficiencia y economía, según recoge el art. 31.2 de la Constitución Española. Y DELGADO FERNÁNDEZ<sup>174</sup> que, desde el lado medioambiental, se refiere a las ventajas del cálculo del Coste del ciclo de vida (CCV), para

ciudadanos, tal y como requiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, atendiendo objetivos de tipo social, medioambiental e innovador.

<sup>171</sup> ALGUACIL MARÍ, M<sup>a</sup> Pilar y FELIP TORRENT, Vanesa. “La economía del bien común en la contratación pública”. Universitat de València. Cátedra Economía del Bien Común/UV”, pág. 22 y ss.

<sup>172</sup> Comisión Europea, Dir.Gral. de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades. *Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*.

<sup>173</sup> CARBONERO GALLARDO, José Miguel, “Hacia la contratación pública eficiente: propuestas...”

<sup>174</sup> DELGADO FERNÁNDEZ, Rosario, “El cálculo del coste del ciclo de vida en la contratación administrativa”. *Gabilex* Nº 7. Septiembre 2016. Págs. 114 y ss.

considerar que *“puede intentarse incrementar la eficiencia en la adjudicación de los contratos y, por lo tanto, en la gestión de los fondos públicos”*<sup>175</sup>.

OTERO VARELA<sup>176</sup>, se hace eco de cómo algunos autores señalan como un riesgo el empleo de compras de Gobierno *“como sustituto de una política industrial o económica, debido a que introducir un objetivo secundario, como políticas de desarrollo industrial o apoyo a grupos vulnerables, implica una desviación del objetivo principal de un sistema de compras que es adquirir bienes y servicios de forma eficiente [...]”*; y critica que estos argumentos, aunque guardan una cierta razón, *“no atienden a los criterios de la contratación sostenible, en los que el costo-beneficio no se encuentra necesariamente vinculado con parámetros de orden económico o de eficiencia en el gasto público; sino que, por el contrario, su nota distintiva se encuentra en el carácter complementario de estas cláusulas sociales”*.

De todo ello se colige que no está demostrada esa pretendida relación directa -convicción, refiere el artículo 1.3 de la LCSP 2017- entre la inclusión de criterios sociales y medioambientales y la eficiencia en la utilización de los fondos públicos, que se trata más de un deseo que de una realidad, pese a que como veremos más adelante pueden presumirse beneficios indirectos para el órgano de contratación por su implicación en el desarrollo de las políticas en las que quiere intervenir, ya sean sociales, tales como la mejora de la calidad en el empleo, ya sean externalidades de tipo medioambiental, como la reducción de las emisiones CO<sub>2</sub>. Así lo confirma el Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria de 2011<sup>177</sup>, dicho con la máxima prudencia, pues los contextos sociales y legales no son los mismos, al expresar sobre la contratación ecológica, que *“Es difícil saber si estos planes están teniendo un*

<sup>175</sup> La autora cita un estudio sobre la contratación sostenible realizado en 2007 por el Öko-Institut por encargo de la propia Comisión Europea, que concluye: *“la adquisición de productos y servicios sostenibles no es necesariamente más onerosa para las administraciones públicas contratantes que la de productos no sostenibles, siempre que el proceso de contratación se lleve a cabo mediante la aplicación de análisis del coste del ciclo de vida.”*

<sup>176</sup> OTERO VARELA, Juan Manuel, “Los objetivos del desarrollo sostenible y la contratación pública”, págs. de la obra: 394 y ss.

<sup>177</sup> Recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos.

*impacto significativo, dado que, por ahora, no existe apenas seguimiento o evaluación formal*". En el mismo informe, apartado de conclusiones, y al tratar de la coherencia con otras políticas ecológicas, sociales o de innovación, se afirma que no existe apenas ningún mecanismo de seguimiento o evaluación formal, *"lo que dificulta la formulación de conclusiones rotundas sobre la eficacia de esas políticas a la hora de reorientar el gasto público hacia soluciones más sostenibles."* <sup>178</sup>

Lo social es bueno, como nos dice OCHSENIUS, o mejor presumiblemente bueno, pero ¿es suficientemente eficiente?, ¿verdaderamente se obtiene una rentabilidad de su establecimiento?, hasta el punto de afirmar que un euro invertido en la contratación pública obtiene un retorno de beneficio social superior al que procede de la misma cantidad invertida en políticas sociales directas. ALGUACIL MARÍ y FELIP TORRENT, al referirse a las posibilidades del uso del Balance del bien común en la contratación pública, hablan de *"pagar el precio adecuado<sup>179</sup> por la obtención de esa misma obra, servicio o suministro en condiciones sociales, éticas y medioambientales favorables"*. Toda la doctrina estudiada hace intentos muy loables de aproximación, incluso de simulación de escenarios, pero es mera intuición, a veces mezclada con el deseo de que fuera así. Nos faltan estudios rigurosos de impacto de las políticas<sup>180</sup> con los que, sobre la base de datos precisos, sostener esa eficiencia en el gasto público que constituye el objeto de este capítulo.

<sup>178</sup> No obstante, continúa diciendo el informe, se observa que la mayoría de los poderes adjudicadores intentan comprar productos ecológicos, cuando es posible. Los poderes adjudicadores promueven igualmente una contratación más responsable desde el punto de vista social y soluciones más innovadoras, si bien, cuentan con menos experiencia en lo que hace a la integración de estos objetivos en su práctica de contratación.

<sup>179</sup> ALGUACIL MARÍ, M<sup>a</sup> Pilar y FELIP TORRENT, Vanesa, "La economía del bien común en la contratación pública". Dicen las autoras *"que el consumidor, ya sea privado o público, **pague por los productos y servicios el precio que tiene producirlas** (la negrita es nuestra) en condiciones social, éticas y medioambientalmente favorables para todos los implicados"*.

<sup>180</sup> Recordemos la Resolución del Parlamento Europeo de 2013, sobre la responsabilidad social de las empresas, cuando dice *«sigue sin estar claro en qué medida las autoridades públicas han adoptado realmente las sucesivas modificaciones de la normativa europea en materia de contratación pública y qué impacto global se ha logrado en cuanto a la mejora del comportamiento social y medioambiental de las empresas y al impulso de la RSE; pide que se realicen más investigaciones y evaluaciones de impacto que se traduzcan en unas recomendaciones claras para ofrecer incentivos fácilmente comprensibles a las empresas; pide que esto incluya un análisis de la práctica, cada vez más habitual, de las empresas de incorporar cláusulas de RSE en sus propias adquisiciones privadas, es decir, en contratos entre empresas, y pide que se determinen las buenas prácticas en este ámbito"*

Y tampoco es que las normas de control interno<sup>181</sup> ayuden mucho, al menos en la relación que se estudia, pues se habla de orientación hacia la eficacia y eficiencia, la economía, y la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, necesarios para verificar el grado de cumplimiento de los objetivos programados, del coste y rendimiento de los servicios. Lo que es conforme con la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que persigue estos mismos principios con la publicación agregada de la información de todos los costes efectivos de los servicios prestados por las Entidades Locales, con el confesado propósito de clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones, de forma que se haga efectivo el principio de “una Administración una competencia”, de racionalizar la estructura organizativa de la Administración Local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, de garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y de favorecer la iniciativa económica privada.

Y aún hay más, en el improbable caso de que la normativa de control o de racionalización atinara en primera derivada a deslindar los, en apariencia, mayores costes que puede suponer la contratación socialmente responsable, **¿cómo saber si su aplicación resulta rentable, esto es eficiente, mejor gastado el euro socio-responsable de la contratación pública, que el euro presupuestario o transferencial (subvención)?**.

Quizá por ello, el art. 27 titulado “Contratación Pública” del Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética, únicamente se refiera a la obligatoria incorporación de criterios ambientales, cuando guarden relación con el objeto del contrato, sean objetivos, respetuosos con los principios informadores de la contratación pública y figuren, junto con la ponderación que se les atribuya, en

<sup>181</sup> Pongamos como ejemplo el R.D. 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, cuyo artículo 3 “formas de ejercicio”, se refiere al control financiero, señalando que tiene por objeto verificar el funcionamiento de los servicios del sector público local para comprobar que su gestión se encuentra orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía, la calidad y la transparencia, y por los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en el uso de los recursos.

el pliego correspondiente, prescindiendo de convicciones cualitativas y de eficiente utilización de los fondos públicos, aunque suponemos que, igualmente, los da por hechos.

Pero sigamos, supongamos en un buen ejercicio de análisis económico que es posible establecer una comparativa de rendimiento de la inversión, ¿acaso no tropezaríamos con que el mayor gasto que puede suponer la contratación socialmente responsable por mayores exigencias de tipo social (personas con discapacidad, desempleados de larga duración, mejora de las condiciones de trabajo, conciliación, igualdad...), de tipo medioambiental (energías renovables, separación y gestión de residuos, envases reciclados, eficiencia energética, etiquetado ...), y de innovación (diseño, prototipos, experimentación...); no pueden compensarse con retornos beneficiosos directos para el órgano de contratación, porque se mezclan políticas sociales, medioambientales y de innovación cuya titularidad y competencia corresponden a distintas esferas administrativas?. O lo que es lo mismo, ¿cómo saber? de la eficiencia de una decisión del empresario contratista, como es la de sacar de las listas de desempleo a un trabajador, parado de larga duración, y con ello obtener el mayor acopio de puntos que le proporciona el cumplimiento de un criterio de adjudicación o, en su caso, del requisito de una condición especial de ejecución, frente al supuesto de llamar para la obra o servicio determinado adjudicado a trabajadores con los que cuenta habitualmente. En efecto, es posible que con la primera opción se dejen de devengar prestaciones por desempleo y se aumenten las cotizaciones a la Seguridad Social, pero también lo es que el trabajador que habitualmente viene siendo empleado por el contratista, se vea abocado a ingresar en las mismas listas de desempleo y a vivir o malvivir del presupuesto público. De haber algún beneficio, sería para el Estado o para la Comunidad Autónoma, no para el poder adjudicador convocante en el supuesto de una Entidad Local, dejando a salvo supuestos de mayores beneficios en cotizaciones a la seguridad social, patrimonializados por el contratista. De lo que se infiere la producción de dos grupos de problemas, de un lado el de la medición del rendimiento entre euro transferencial y el euro socio-responsable de la contratación; de otro, la dificultad de medir eficiencias que no sean contempladas



globalmente y mediante la suma agregada de inversión indirecta en gasto social, a través de la contratación pública, y de ahorros, si los hay, generados por aquélla.

Un supuesto similar puede tratarse desde el ámbito medioambiental, el de las energías renovables. Recientemente, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución núm. 110/2018, acuerda desestimar tres recursos especiales en materia de contratación interpuestos por sendas comercializadoras de suministro eléctrico, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, reguladores del *“Acuerdo marco para el suministro de energía eléctrica renovable para edificios municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos”*. Con independencia del fondo del asunto, en el supuesto se trataba de acreditar la solvencia técnica mediante certificación emitida por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), sobre el suministro sin mezclas de electricidad procedente de fuentes renovables, durante el ejercicio inmediatamente anterior al del suministro a contratar; nos sirve para abrir el análisis de la eficiencia en la ejecución del gasto público por parte del órgano de contratación.

Si partimos de que en España las energías renovables suponen un 36 por cien del total consumo bruto de electricidad, en datos de 2016<sup>182</sup>, si tenemos en cuenta que el coste de producción de las energías eólica e hidroeléctrica son similares a las procedentes de fuentes térmicas, tales como el carbón, el gas natural o el petróleo, pero que, por el contrario, la producción de energía fotovoltaica tiene un coste de más del doble de las citadas<sup>183</sup>, la pregunta que se impone es, ¿cómo se puede ser más eficiente comprando una energía más cara?

<sup>182</sup> EUROSTAT. Statistics Explained. Véase la siguiente dirección de Internet:  
[https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Renewable\\_energy\\_statistics/es](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Renewable_energy_statistics/es)

<sup>183</sup> OPEN EI, Véase la siguiente dirección de internet:  
<https://openei.org/apps/TCDB/index.php?pMin=2009&pMax=2015&dMin=2009&dMax=2014&gf=h&ggt=c&l=n&ds=n&dss=m&pub=&t=lcoe&ct=b>

Cierto que de nuevo se reproduce el argumento de los beneficios indirectos que obtiene el órgano de contratación, por contribuir mediante un planteamiento estratégico de compra responsable a reducir los impactos que el necesario consumo de electricidad tiene sobre el medio ambiente, también sobre el medio local. Pero también lo es que se traslada a los usuarios, los mayores costes de su adquisición, vía impuestos locales, cuando puede que aquéllos no sean beneficiarios directos de las políticas de conservación medioambiental.

De nuevo, se infiere la dificultad de medición del rendimiento de un euro invertido en el mayor coste de adquisición del suministro procedente de renovables, a través de la compra pública, frente al retorno obtenido de haber intervenido directamente sobre los medios de producción, mediante la concesión de ayudas a la explotación de energías renovables. De nuevo, también, la dificultad de medir el impacto de la demanda agregada de energías renovables sobre un medio ambiente que no sabe de términos ni circunscripciones territoriales. Es decir, que lo que los vecinos de Madrid pagan, a través de sus órganos de contratación, no sólo afecta a la reducción, por ejemplo de CO<sub>2</sub>, en la Ciudad, lo que es un impacto medible, sino que también beneficia a otros términos y territorios, quizás sin un comportamiento similar, productores del CO<sub>2</sub> que la capital trata de evitar. No hay soluciones locales, al margen de actividades puntuales sobre la naturaleza del término municipal (su propio saneamiento, conservación de zonas verdes, riegos inteligentes, etc.), la respuesta está en el tratamiento global de los impactos negativos.

### **3. Integración de criterios cualitativos, la estabilidad presupuestaria, el control del gasto, la transparencia y la competitividad.**

El dictado del último paquete de Directivas en materia de contratación pública, las calificadas de 4ª generación, concede un papel clave al desempeño de esta materia en la Estrategia Europa 2020, como hemos visto en Capítulos anteriores, con el propósito no solo de conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, sino también el de garantizar un uso eficiente de los fondos públicos. Esta eficiencia, según establece el legislador europeo en el considerando núm.

2 de la Directiva 2014/24 UE, se conseguirá *“facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (pymes) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.”*, fomentando, al mismo tiempo, la innovación, con clara incidencia en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos (considerando núm. 47). Se establece así un círculo virtuoso en que la mejor utilización estratégica de la contratación nos lleva a fomentar la innovación, que a su vez contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como *“ampliar ventajas económicas, medioambientales y sociales, al generar nuevas ideas, plasmarlas en productos y servicios innovadores y, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible”*, o dicho de otro modo, innovar en la utilización estratégica de la contratación genera la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas.

En parecidos términos, la norma de transposición, LCSP 2017, bajo la principal motivación de la eficiente utilización de los fondos públicos, establece esa asociación, de la que ya hemos hablado con anterioridad, entre mejor relación calidad-precio y la incorporación de criterios sociales y medioambientales. La eficiencia vuelve a aparecer en el texto para justificar la necesidad e idoneidad del contrato, ligando la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación, *“como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública”*, dice en el artículo 28. También el artículo 99, al referirse al objeto del contrato, relaciona la innovación tecnológica, social o ambiental con la mejora de la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios a contratar, construcción esta última que se aproxima bastante al deseo del legislador europeo, y se muestra conforme con el deslinde de proceso inductivo que hemos visto en el Capítulo III, favorecedor de la investigación y el desarrollo enfocado a la obtención de bienes y servicios más eficientes por las Administraciones Públicas.

Pero ya antes, en nuestro derecho interno, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, concretamente en su Capítulo V, impulsa la eficiencia en la contratación pública y la colaboración público-privada *“como ámbitos en los*

*que debe reforzarse la vinculación a parámetros de sostenibilidad económica*". Así, en el artículo 3 *"Mejora de la competitividad"*, se refiere a los marcos regulatorios que favorezcan la competencia y la eficiencia en los mercados de bienes y servicios, fijando en el artículo 32 *"Sostenibilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas"*, que *"todo gasto se evaluará atendiendo a los principios de eficiencia y simplificación de los servicios prestados, incentivando la productividad del sector público"*.

Igualmente debe citarse la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, cuyo artículo 7 *"Principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos"*, señala en su apartado 2. que: *"La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público"*. En concreto, se refiere a los contratos públicos, requiriendo la valoración de su repercusión y efectos, supeditando su celebración al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Criterio éste que se recoge en la LCSP 2017, Disposición Adicional Tercera, para los actos de fiscalización ejercidos por el órgano Interventor de la Entidad Local. Por su parte, la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, incorpora como parte del principio de sostenibilidad financiera la prudencia financiera, *"de modo que las operaciones financieras se someterán a condiciones que permitan reducir costes financieros, mitigar riesgos, contribuyendo así a mejorar la capacidad de financiar gastos financieros presentes y futuros"*.

Por último, La aplicación de conocimientos especializados (internos o externos) contribuye a la eficiencia global del proceso, ya que propicia el suministro de información debidamente estudiada, analizada, evaluada y redactada<sup>184</sup>.

<sup>184</sup> *Guía práctica de contratación pública para profesionales.*

### **3.1.Las relaciones calidad-precio y coste-eficacia al servicio de la contratación estratégica.**

Cuando la LCSP 2017, parte en su artículo 28 de la celebración de contratos necesarios para el cumplimiento y la realización de los fines institucionales que son propios de las administraciones públicas, se está imponiendo un análisis entre las necesidades que pretenden cubrirse, mediante el contrato proyectado, y la idoneidad de su objeto para satisfacerlas. Sabemos que el legislador comunitario insiste en la finalidad de incrementar la eficiencia en el gasto público, mediante la utilización estratégica de la contratación pública en apoyo de objetivos sociales y medioambientales, relacionándola con la obtención de la mejor relación calidad-precio.<sup>185</sup>

La eficiencia, como digo en la obra colectiva *Guía de Integridad en la Contratación Pública Local*<sup>186</sup> *“debería presidir la mejora de la gestión contractual abordando conceptos como el de la calidad-precio, el coste rentabilidad, los despilfarros propios de la falta de transparencia, de la falta de claridad en el clausulado de los pliegos, de la falta de concurrencia en los procesos de licitación electrónica y por tanto de competencia, y de la falta de estructura y recursos (profesionalización) para optimizar el procedimiento de compra pública”*.

El considerando núm. 92 de la Directiva 2014/24 UE, reproducido por la LCSP 2017, en su artículo 145.4, se refiere a este binomio, señalando que *“se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades”*, estableciéndose, como regla

<sup>185</sup> Memoria del Tribunal administrativo de contratación pública de la Comunidad de Madrid, Año 2016. pág. 60: *“se aprecia entonces la existencia de tensión entre dos fines o filosofías presentes en la compra pública. Así, mientras de un lado se pretende lograr el máximo ahorro en la contratación pública adquiriendo bienes y servicios con la mejor relación calidad-precio, por otro lado en la misma se encuentran presentes una serie de objetivos de política social, más concretamente laboral. En concreto de un tiempo a esta parte la tendencia que podríamos llamar de «rebote» o «efecto muelle», es precisamente la contraria y supone atraer al ámbito de la contratación pública los criterios sociales que nos ocupan.”*

<sup>186</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé. *Guía de integridad en la contratación pública local...*,

general, la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación tipificados como cualitativos (calidad, características estéticas y funcionales, accesibilidad, aspectos sociales y medioambientales, organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato, servicio postventa y asistencia técnica), además de otro u otros basados en los costes, precio o rentabilidad, como el CCV.

La calidad, como dice el profesor GIMENO<sup>187</sup> *“no es un mayor gasto, ni cuestiona en si misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda licitación pública [...]”*. Pero, ¿qué entendemos por calidad y cómo puede modularse ésta a través del precio?, para establecer un óptimo que pondera variables directamente relacionadas con la eficiencia o, lo que es lo mismo, rentabilidad, sacando el máximo provecho de los recursos disponibles para conseguir los resultados esperados.

La calidad se define en la norma técnica ISO 9000:2015, como el grado en el que un conjunto de características inherentes de un objeto cumple con los requisitos (necesidad o expectativa establecida, generalmente implícita u obligatoria). Si bien, la calidad, dice la norma en su apartado 2.2.1. *“está determinada por la capacidad para satisfacer a los clientes, y por el impacto previsto y el no previsto sobre las partes interesadas pertinentes”*. Como puede deducirse, la calidad no se refiere a un valor intrínseco clásico (textura, color, estado), sino como concepto teleológico de satisfacción al cliente, esto es al ciudadano, al que van dirigidos las obras, productos y servicios de los que se vale la Administración para la realización de sus actividades.

Pero la calidad, definida por su concepción clásica, como valor intrínseco, o finalista, con capacidad para satisfacer unas necesidades o expectativas, se modula inseparablemente a través del precio que le da proporcionalidad, sin

<sup>187</sup> GIMENO FELIU, José María. *50 criterios de calidad y excelencia para la prestación del servicio, que aportan valor en la Contratación Pública*. Club Excelencia en Gestión. noviembre de 2018. Señala el profesor GIMENO que *“el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos [...]”*, pág. 5.

desechar otras combinaciones más atípicas, derivadas del posicionamiento de los operadores económicos en el mercado, economías de escala, estocaje, transporte, cercanía al lugar de producción, etc. Cuando se pregunta a las PYMES cómo pueden competir con grandes empresas, responden que en calidad, y cuando ésta no es relevante para el órgano de contratación y, en consecuencia, no se pondera convenientemente respecto del precio, desaparecen del mercado de compra pública, y con ellos la mejor calidad productiva, comercializadora o de prestación.

Es cierto también que la calidad puede acotarse en la definición del objeto del contrato y con la formulación de especificaciones muy concretas, objetivas y bien desarrolladas y presupuestadas, sirviendo de este modo al propósito de ponderaciones más significativas sobre el precio, pero incluso en estos supuestos puede resentirse ante prácticas espurias para la obtención del contrato, conceder el contratista de la laxitud de algunos órganos de contratación para admitir la modificación del contrato propuesta. Modificación que sólo tendrá la causa inconfesable de recuperar una oferta que nació viciada en su presentación, al formularse por debajo de los costes reales de ejecución de las prestaciones. Como defensa de este buen planteamiento inicial del órgano de contratación, y como antídoto a prácticas fraudulentas para la consecución del contrato, solo cabe la respuesta del control, el que ejerce el responsable del contrato en colaboración junto con las Unidades de seguimiento y ejecución ordinaria del mismo, que se hayan formado a la vista del artículo 62 de la LCSP.

La cuestión que nos planteamos entonces es ¿cómo fijar criterios de adjudicación que permitan al órgano de contratación conseguir, como dice el considerando núm. 92 de la Directiva 2014/24 UE, y el artículo 145.4 de la LCSP, obras, suministros y servicios de gran calidad?, que respondan lo mejor posible a las necesidades del órgano de contratación, conectadas a sus fines institucionales o, lo que es lo mismo, a las necesidades y expectativas de la comunidad vecinal, incluyendo a los grupos de interés.

La calidad de producto, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad y el diseño, el mantenimiento durante el período postventa, como criterios cualitativos previstos en el art. 145 de la LCSP 2017, cuando se ponderan convenientemente pueden y deben dar lugar a prestaciones de gran calidad. Junto a estos, las características sociales y medioambientales, sobre las que no se puede negar que sean beneficiosas para el órgano de contratación, aunque de un modo indirecto; la mayor parte de las veces, apreciadas en su cómputo global, como suma agregada de resultados parciales obtenidos en la reducción de la huella de carbono, o prestaciones y subsidios por desempleo otorgadas por los servicios correspondientes.

De nuevo, hemos de insistir en que es posible que la eficiencia en la utilización de los fondos públicos que se busca, a través de una mejor calidad-precio de las prestaciones, se asocie, sin mayores problemas a la inclusión de características sociales y medioambientales, como coadyuvantes de las políticas activas directas de las administraciones públicas, contribuyendo al mismo tiempo a la obtención de prestaciones de gran calidad. También es posible ponderar en menor medida el precio, aunque se haya realizado una delimitación exhaustiva del objeto del contrato, para que la batalla de la concurrencia se libere especialmente en el campo de la calidad. Aunque, es posible también que, como hemos analizado en el apartado anterior, hayamos de valorar el coste de oportunidad de invertir un euro en estrategia contractual frente a programas subvencionales existentes.

Una vez más, la presunción establecida en el artículo 1 de la LCSP, ligando eficiencia y establecimiento de características sociales, como aspectos positivos -dice el artículo 28. 2 de la misma-, es sólo eso, parece, creemos que es bueno, pero hay que demostrarlo. Y no se nos ocurre mejor procedimiento que el que analiza la necesidad del contrato, plasmando en la correspondiente Memoria, prevista en los artículos 28 y 116 de la LCSP, si la necesidad que se detecta, imbricada en los fines institucionales de la Administración contratante, puede satisfacerse cumpliendo los siguientes requisitos:



- No existe alternativa interna mejor para la ejecución de la prestación. El estudio económico llevado a cabo, analizando costes de personal, absentismo, disponibilidad, salarios y retribuciones, consecución en el mercado de materias primas, maquinaria e instalaciones, o servicios especializados de terceros, demuestra un peor ratio de utilización de recursos para la obtención del mismo resultado.
- La valoración de la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación, como aspectos positivos, en los procedimientos de contratación pública, arroja como resultado que no supone un mayor coste para el órgano de contratación, puesto que las cláusulas sociales y medioambientales a integrar en el contrato, supuesta la innovación que llevan aparejada, hacen más rentable la realización de la obra, la adquisición del bien o la prestación del servicio. Ello es así, pongamos como ejemplo, porque la incorporación de mujeres trabajadoras en sectores donde se hallan subrepresentadas (obra de construcción), en porcentajes adecuados, sin interferir en las plantillas preexistentes de los contratistas, por tanto, sin sustitución de empleado/empleada; no implica un mayor gasto para el contratista, que pueda fraudulentamente repercutir, en su caso, sino que, al contrario, representa un ahorro para la administración que satisface las prestaciones o subsidios por desempleo, aparte de otras consideraciones que deben ligarse a la igualdad entre hombre y mujer, y una ventaja indirecta para el órgano de contratación, que no es ajeno ni a las políticas de igualdad, ni al desempleo de la mujer, especialmente cuando se trate de la administración local. Una ciudad con menos desempleo y con un mayor nivel de igualdad, cumple mejor con esa visión de búsqueda de la calidad de vida de sus ciudadanos que venimos manteniendo<sup>188</sup>.

<sup>188</sup> En este sentido MEDINA JURADO, Purificación, “Las cláusulas sociales en la contratación pública; retos y perspectivas”, *Revista del Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI)*, núm. 7, mar-jun 2010, en la cita que de la autora hacen ALGUACIL MARÍ, María Pilar/FELIP TORRENT, Vanesa, en “La economía del bien común en la contratación pública”. Cátedra Economía del bien común/Universidad de Valencia (sin acceso personal a la obra de origen). Al referirse a las ventajas que, de acuerdo con la *Guía Adquisiciones sociales*.

Sin embargo, puede que esta relación entre políticas estratégicas contractuales y eficiencia no se demuestre, es posible que del análisis realizado se llegue a la conclusión, siguiendo el mismo ejemplo, que por las características del sector, microempresas especializadas, con plantillas consolidadas, el establecimiento de una característica social como la ejemplificada, tanto como criterio de adjudicación y, aún peor, como condición especial de ejecución, conlleve la necesidad para el contratista de despedir a parte de su equipo integrado para contratar en su lugar a mujeres desempleadas en obra de construcción. Puede incluso que la medida le suponga costes adicionales derivados de la correspondiente indemnización por despido, que difícilmente podrá recuperar con la ejecución del contrato, colocando así al órgano de contratación en una situación de riesgo derivada de una repercusión fraudulenta de la pérdida en modo de modificados innecesarios, disminución de la calidad de los materiales, ahorro de tiempos en metodología constructiva, etc. En definitiva, habrá de estarse a cada caso concreto, siendo la Memoria de necesidad el documento oportuno para su análisis y justificación de esta eficiencia del gasto público empleado en la realización de la obra, suministro o prestación del servicio contratados.

*Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas de la Dirección General de Empleo, Asuntos sociales e igualdad de oportunidades de la Comisión Europea (2011), cita otros beneficios, como son:*

*“- Para las Administraciones Públicas: Una persona en situación de desempleo y/o exclusión social requiere del conjunto de las Entidades Públicas, en función de sus respectivas competencias, destinen a ella un número de recursos importantes, que van desde los subsidios de desempleo, políticas de acompañamiento al empleo, promoción empresarial, formación ocupacional, hasta subvenciones que fomenten la empleabilidad sobre todo en el marco local.*

*- Para los colectivos en situación de desempleo en general: Las cláusulas sociales priorizan la rentabilidad social ya que proporcionan empleo, lo que significa para este colectivo disponer de medios económicos a través del trabajo personal, no provenientes de subsidios u otras prestaciones similares, favoreciendo la autoestima y la dignidad personal, e impidiendo la marginación social y la indigencia a las que el desempleo aboca, en algunos casos, a las personas.*

*El acceso al empleo que generan las cláusulas sociales no es estable en la mayoría de los casos, pero supone un apoyo a colectivos desfavorecidos laboralmente (mayores de cierta edad, mujeres, etc.).*

*- Para la sociedad en general. La incorporación al mercado laboral favorece el consumo y el producto interior bruto. Al aumentar la renta de las personas se dinamiza la economía en general, lo que indirectamente implica que determinados sectores no tengan que subvencionarse debido a la ralentización de las ventas.”*

Analizado el binomio calidad-precio, mediante la más conveniente ponderación para obtener la máxima eficiencia en el gasto destinado al contrato, queda todavía analizar este último, a la vista del artículo 145 de la LCSP, mediante un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia. En este sentido, el órgano de contratación puede decidir si el criterio relacionado con los costes es un precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como es el CCV, en el que se tiene en cuenta la secuencia de hitos de actividad o productivos que se suceden durante la existencia de la obra, del suministro o del servicio, tales como: “la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que ésta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización”.

Enseguida se adivinan las ventajas a la luz de la eficiencia del gasto público. El precio se refiere al coste de adquisición del bien o servicio, sin tener en cuenta funcionalidades o características que puedan incidir durante su vida útil, tales como el consumo de energía, el mantenimiento según el diseño del mismo, los materiales empleados y otros de menor importancia en lo económico, pero de mayor relevancia en la conservación del medio ambiente, como son la extracción de materias primas, el transporte o el desmantelamiento del bien al final de su vida útil. Como digo en la ya citada Guía de Integridad en la contratación pública local *“el ciclo de vida nos informa de la totalidad de los costes relacionados con el producto o el servicio contratado, no sólo los evidentes como son los asociados al contrato, sino los que no se imputan al crédito presupuestario que lo sustenta, porque formarán parte de otras partidas, generalmente de gasto corriente, pero que están indeleblemente asociados a la compra realizada, sirviendo para discernir sobre la mayor o menor eficiencia del gasto que realizamos.”*

### **3.2.La transparencia como principio derivado y gran aliado de la eficiencia**

Objetivo inspirador de la LCSP, el principio de transparencia es responsable de otros no menos importantes, tales como la igualdad y la libre competencia, precisos para la obtención de obras, suministros y servicios de gran calidad. La transparencia hace visible la secuencia natural del proceso de licitación en el que unas fases van sucediendo a otras hasta la consecución de un tercero, operador económico, capaz y dispuesto a ejecutar la prestación encargada. Esta secuencia comienza con la libertad de acceso a la compra pública, precisada de la publicidad correspondiente para dar a conocer las necesidades del órgano de contratación, conociendo todos los factores y criterios que éste ha de tener en cuenta para elegir la oferta, de modo claro para ser interpretados uniformemente por todos los licitadores, sin discriminaciones, con trato igualitario para promover concurrencia, de la que surgirá la competencia y, de ahí, la mejor oferta en calidad-precio.

La eficiencia reconoce esta secuencia y se asocia a ella en mayor o menor grado según sea el aprovechamiento de estos principios, sin los despilfarros propios de la falta de transparencia, que nos llevan a: prórrogas desproporcionadas o de elevada cuantía, fraccionamiento del objeto del contrato con el fin de burlar los principios que se citan, calificaciones incorrectas de los tipos o procedimientos contractuales, igualmente con el propósito de eludir las reglas generales de la contratación pública, criterios abstractos o generalistas sin subcriterios valorados, modificados innecesarios, ajustados fraudulentamente a los supuestos previstos en el artículo 205 de la LCSP, a la selección de la oferta basada en intereses extraños al objeto que se licita, ya sea por razones territoriales o compensación de compromisos marginales de obligaciones contractuales, la inversión sin causa por desplazamiento de la relación -necesidad que se pretende satisfacer/objeto de contrato, claro y proporcionado-.

Esta secuencia la podemos apreciar de un modo gráfico con mayor claridad:



Ilustración 3. Transparencia. Fuente propia<sup>189</sup>

#### 4. Beneficios de carácter social, medioambiental e innovador.

Parte hemos adelantado en el apartado anterior sobre la necesaria demostración de la eficiencia en los contratos que persiguen algo más que la mera compra tradicional y, por tanto, más económica, para conseguir de un modo estratégico comprar al mejor precio, con la más cuidada calidad, y obteniendo ventajas sociales y medioambientales relacionadas con el objeto del contrato. Se diría que es la “cuadratura del círculo” por las dificultades que entraña la compra estratégica, responsable socialmente, especialmente por la necesidad de contar con un cuerpo de funcionarios debidamente profesionalizado en disciplinas dispares y complementarias, tales como la jurídica-procedimental, la económica, la técnica, la tecnológica, la social, la medioambiental y la innovación, no tanto como técnica o disciplina sino como valor asociado a cada una de ellas.

Y continuando con este enfoque, debemos ahora plantearnos si es posible obtener por el órgano de contratación beneficios indirectos, económicos o no, derivados de su contribución al sostenimiento de las políticas sociales o

<sup>189</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé. *Guía de integridad en la contratación pública local...*

medioambientales, más amplias *per se* que las propias de su competencia, sea cual fuere el nivel territorial al que nos refiramos, estatal, autonómico o local, aunque en su análisis nos fijaremos especialmente en este último. Ello es así, porque necesitamos conocer si, como decíamos en el apartado 2 de este Capítulo, la inversión del euro presupuestario contractual es más rentable que la del euro transferencial (subvención) de las políticas directas. De no ser así, deben cuestionarse aspectos tan nucleares del proceso de compra de las entidades del sector público como la celebración de aquellos contratos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, al menos mediante la inclusión de características sociales y medioambientales de carácter desproporcionado o que en su relación con el objeto del contrato provoquen una desviación de la necesidad que pretende satisfacerse, según prevé el artículo 116.4 e) de la LCSP 2017.

No es casualidad que el artículo 28.2 de la LCSP 2017, al encomendar a las entidades del sector público velar por la eficiencia, se refiera a la valoración de la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación, como aspectos positivos -dice- en los procedimientos de contratación pública, tampoco lo es que el considerando núm. 2 de la Directiva 2014/0024, a propósito de ésta, se refiera a la finalidad de *“incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (pymes) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.”*, o que otro considerando, el núm. 47, manifieste que *“la adquisición de bienes obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, [...].”*

Por tanto, en este apartado, trataremos de demostrar que, en efecto, pueden acreditarse beneficios para el poder adjudicador, provenientes de esta nueva estrategia de innovación social y medioambiental, **aunque no sean de índole económica y tampoco directos**<sup>190</sup>, tal y como reconoce la Sentencia del

<sup>190</sup> Véase la Comunicación Interpretativa de la Comisión, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos. Bruselas, 15.10.2001 COM(2001) 566 final. La Comisión se pregunta *“si el concepto de «oferta*

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-513/99, Concordia Bus Finland), compatibles con la presunción del artículo primero de la LCSP 2017 y los citados considerandos de la Directiva de Contratación Pública, referida a la eficiencia en el gasto público, aunque ésta sea de carácter social, porque en substancia, también lo será en lo económico, si la alternativa social es razonable y proporcionada en la consecución de los fines institucionales propios, directos o indirectos, de cada administración.

#### **4.1.El poder adjudicador como titular de las políticas sociales, de conservación del medio ambiente y de la innovación y desarrollo. En especial de los poderes adjudicadores locales.**

Como sabemos, la actividad administrativa se analiza tradicionalmente desde el punto de vista de su contenido, por las competencias atribuidas a cada Administración territorial, pero también por su forma, que a su vez distingue entre actividad jurídica y social, por su exigibilidad y por razón del régimen jurídico a que está sometida<sup>191</sup>, público o privado. De esta clasificación de GARRIDO FALLA nos interesa destacar, bajo la agrupación del conjunto de actividades que la “*Administración despliega con finalidades determinadas*”<sup>192</sup>; la actividad administrativa, desde el punto de vista de la

*económicamente más ventajosa» implica que cada uno de los criterios de adjudicación escogidos deberá comportar una ventaja económica en beneficio directo del poder adjudicador, o si basta con que cada uno de tales criterios pueda medirse en términos económicos, **aun cuando no presente una ventaja económica directa para el poder adjudicador que se refleje en la compra considerada**” (La negrita es nuestra). La cuestión se había planteado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-513/99, aunque sobre un problema relacionado con el medio ambiente, si bien, se esperaba una respuesta que pudiera ser aplicable analógicamente para los criterios sociales. La respuesta llegó de la mano de la Sentencia del Tribunal de Justicia “Concordia Bus Finland”, de 17 de septiembre de 2002, Asunto C-513/99, que en su considerando núm. 55, con cita del artículo 36, apartado 1, letra a) de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, dice: “*letra a), no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. En efecto, no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora.*”.*

<sup>191</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Parte General: Conclusión*. Edit. Tecnos, 8ª edición. Pág. 107.

<sup>192</sup> ZANOBINI, en la cita que de este autor, hace GARRIDO FALLA, en la obra de la cita anterior, (sin acceso personal a la obra de origen), entiende que “*en atención a la distinción fundamental de los fines es oportuno dar la precedencia a aquellas actividades que se dirigen exclusivamente*

forma, que el autor clasifica en actividad jurídica y social -reservando para la primera el aseguramiento del orden público, y para la segunda la prestación de servicios- y en *“policía, fomento y servicio público”*, como forma de intervención para asegurar las necesidades públicas, entre las que nosotros destacamos el servicio público, como manera de satisfacer la necesidad pública correspondiente con exclusión o en concurrencia con los particulares, y el fomento, *“como actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen”* <sup>193</sup>.

Para MARTÍN MATEO<sup>194</sup>, por fomento *“se han venido considerando, pacíficamente aquellas acciones administrativas encaminadas a proteger o promover actividades de las cuales podría obtenerse una cierta utilidad pública, pero sin mediar coacción”*; el prototipo de esta acción es la subvención, como él autor denomina *“acción administrativa de estimulación”*. El fomento puede versar igualmente en la concesión de beneficios fiscales, desgravaciones, exenciones y otros, para la consecución de los fines preestablecidos.

Los poderes adjudicadores del tipo Administración Pública, al tiempo que aparecen investidos de la capacidad para contratar que les otorga la LCSP 2017, son igualmente titulares de competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico. Según el artículo 148.1 de la Constitución Española de

*al fin de la conservación, esto es al orden público y a la seguridad general; a continuación, aquellas en las que el propio fin concurre con fines de bienestar y progreso (sanidad y economía), y, por último, considerar la actividad de los servicios en los que el cuidado del bienestar social aparece como fin único y del todo prevalente (como la Beneficencia pública y la Instrucción Pública)”*

<sup>193</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, págs. 246-247. Por su parte, PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. Ed. Ariel, S.A. 1ª Edic. 1990, pág. 344. Los autores definen la actividad de fomento como *“la actividad administrativa dirigida a conseguir, mediante medios indirectos y no imperativos, la autoordenación de la actividad privada, de la acción de los ciudadanos o particulares, en función de fines y objetivos de interés público fijados por la Administración”*

<sup>194</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*, Edit. Trivium, S.A. Décimo tercera edición. Sep. 1990, pág. 449.



1978, en adelante CE, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: *“7ª La agricultura y la ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía; 8ª Los montes y los aprovechamientos forestales; 9ª La gestión en materia de protección del medio ambiente, y 20ª Asistencia Social”*; sin perjuicio de la ampliación de sus competencias dentro del marco de las atribuidas en exclusividad al Estado por el artículo 149. Éste, por su parte, asume competencias exclusivas en las siguientes materias: *“7ª Legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas; 13ª Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; 15ª Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica; 23ª Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias; 25ª Bases del régimen minero y energético [...]”*.

Finalmente, la Administración Local, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 140 de la CE, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, en los términos previstos en el artículo 25.2 de la LBRL, ejerciendo como competencias propias, según la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: *“b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas; c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales; e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social; g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano; o) Actuaciones en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres así como contra la violencia de género.”*

Entre los distintos niveles territoriales, según prevé el artículo 140 *“Principios de las relaciones interadministrativas”* de la LRJSP, las administraciones actuarán bajo los principios de lealtad institucional, adecuación al orden de distribución de competencias previsto en la CE, Estatutos de Autonomía y normativa de régimen local, colaboración en el logro de fines comunes, cooperación voluntaria para acciones comunes, coordinación para la consecución de un resultado común y, especialmente, *“f) eficiencia en la gestión de los recursos públicos, compartiendo el uso de recursos comunes, salvo que no resulte posible o se justifique en términos de su mejor aprovechamiento”*

Por tanto, las Administraciones Públicas, pueden intervenir en el ejercicio de potestades administrativas para el cumplimiento de sus fines, ya sea mediante instrumentos para la ejecución de políticas sustantivas en los diferentes *sectores de la realidad social*<sup>195</sup>, acciones de prestación, pero especialmente de fomento; o bien, mediante la utilización estratégica de la contratación que defendemos cautelarmente, según se dé la mayor eficiencia para el órgano de contratación, en el gasto del “euro presupuestario-estratégico, o transferencial”. Es precisamente esta decisión la que entraña una gran dificultad, que habrán de resolver los órganos de contratación, no presumiendo, como lo hace el artículo primero de la LCSP, que la promoción de características sociales o medioambientales nos conducen a la eficiencia, sino mediante la prueba fehaciente, como hemos dicho el apartado 3.1. anterior, de que no suponen un mayor coste para el órgano de contratación y,

<sup>195</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo*. Dicen los autores que *“en nuestro derecho se ha empleado y continúa utilizando los conceptos «beneficio» (así en la legislación de protección del ambiente atmosférico) o «subvención» (así en la legislación general de obras públicas) para designar el conjunto de aquéllas”*. (Pág. 344). Entre estos instrumentos actuales para la ejecución de políticas sustantivas de carácter social pueden encontrarse: el Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante R.D.Leg. 8/2015, de 30 de octubre, el R.D.Leg. 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, la Ley 43/2006 para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para Promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, el R.D.Leg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

al contrario, supuesta la innovación que llevan aparejada, hacen más rentable la realización de la obra, la adquisición del bien o la prestación del servicio.

#### **4.2. ¿Realmente es posible medir la obtención de beneficios directos e indirectos?**

Después de reconocer la existencia de beneficios indirectos para el poder adjudicador, provenientes de su intervención prestacional, a través de la consideración instrumental de la contratación pública, después de presumir que lo social es eminentemente bueno, *per se*, y que la bien casada relación calidad/precio de la evaluación de las ofertas y, por tanto, de una mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, dependen en gran medida de la introducción de características sociales, medioambientales y de innovación en los contratos; es preciso ahora llevar a cabo las operaciones que midan esa eficiencia que queremos demostrar. No es una cuestión baladí que el diseño del mismo, antes del redactado de los pliegos, es una fase crítica del procedimiento; aquí se van a contemplar, en relación con el objeto del contrato, las posibilidades de inclusión de cláusulas de corte estratégico social, la oportunidad de fomentar el empleo de personas vulnerables, tales como personas con discapacidad en puestos compatibles, parados de larga duración, empleo de jóvenes y de mayores de 45 años, medidas que velen por la igualdad del hombre y la mujer, por la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, por el grado de empleabilidad que ofrezca la prestación, la mejora de las condiciones salariales y laborales, la estabilidad en el empleo, la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social, la utilización de productos basados en un comercio justo, la reducción del nivel de gases de efecto invernadero, la adopción de medidas de ahorro y eficiencia energética, la introducción de energía procedente de fuentes renovables, o el mantenimiento de los recursos naturales.

El diseño del contrato pone en relación la cohesión de su objeto con una finalidad pública propia del poder adjudicador que trata de satisfacerse, no de cualquier manera, no a cualquier precio, sino de un modo eficiente, valorando

la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación, promoviendo al mismo tiempo la participación de las PYMES. Y lo hace sobre la base de la experiencia obtenida en anteriores procedimientos, documentada mediante la correspondiente medición. Es aquí donde surge la dificultad, porque los órganos de contratación no se ocupan de adjuntar a las memorias de necesidad de los contratos un estudio de alternativas responsable sobre el impacto de aquellas consideraciones que quieren introducir en el contrato, como nos recuerdan la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, o la Disposición Adicional 3ª de la LCSP 2017. Como decíamos al tratar el enfoque socialmente responsable de la contratación pública, tampoco el Parlamento Europeo<sup>196</sup> tiene clara la efectividad de estas medidas, y aunque se refiere al impacto global logrado con la mejora del comportamiento social y medioambiental de las empresas, puede trasladarse con las debidas cautelas al ámbito interno que tratamos. El Parlamento Europeo, pide que se realicen más investigaciones y evaluaciones de impacto para realizar recomendaciones a las empresas, tanto en su relación con la compra pública como en sus propias adquisiciones privadas.

La Comisión Europea<sup>197</sup> mantiene que *«si una organización quiere alcanzar sus metas, primero debe saber cuáles son esas metas. Si la estrategia general es clara, todo el mundo será capaz de tirar en la misma dirección y será más probable centrarse en lo que más importa para generar resultados reales [...]»*.

La orientación a resultados se recoge por los más reconocidos modelos de gestión de calidad, tales como ISO<sup>198</sup> y EFQM<sup>199</sup>, bajo el ciclo planificar–hacer–verificar–actuar, o de despliegue de la matriz REDER (enfoque, despliegue, evaluar, revisar y perfeccionar). Otros autores, tales como

<sup>196</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de febrero de 2013.

<sup>197</sup> COMISIÓN EUROPEA, “Calidad de la Administración Pública. Una Caja de herramientas para gestores”

<sup>198</sup> ISO (Organización Internacional de Normalización).

<sup>199</sup> EFQM, European Foundation for Quality Management, (Fundación Europea para la Gestión de la Calidad).

LORENZO DE MEMBIELA.<sup>200</sup> y NOGUER PORTERO<sup>201</sup>, destacan la importancia de fijar objetivos previos, transparentes y comunicados a todas las partes interesadas. Por su parte, la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública<sup>202</sup>, en su epígrafe 26, indica *«que todo proceso de gestión pública debe perseguir la creación de valor público, lo que tiene que reflejarse en resultados e impactos, cuantificables, que permitan evaluar el rendimiento en todas sus dimensiones»*.

En definitiva, se trata de conocer si estas acciones socialmente responsables que se pretenden, resultan **oportunas** -adecuadas a los fines institucionales que quieren satisfacerse mediante el objeto del contrato, tanto directos relacionados con la necesidad -obra, servicio o suministro- como indirectos, relativos a las políticas sociales, medioambientales o de innovación, en las que se quiere colaborar-, **pertinentes** -vinculadas al objeto del contrato, esto es, se refieran o integren las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, sirvan para evaluar la mejor relación calidad-precio, mediante *“una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal y como se define en las especificaciones técnicas [...]”*, y no se refieran a una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa<sup>203</sup>-, **viabiles** – que puedan llevarse a cabo sin interferir en competencias propias de la relación empresa-trabajador, o mediante la adopción de medidas medioambientales proporcionadas al ámbito de actuación del poder adjudicador-, **eficaces** -que sirvan al cumplimiento de los objetivos fijados en planes y programas- **y eficientes** -consistentes con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, en línea con un saneamiento inteligente de las finanzas públicas para un

<sup>200</sup> LORENZO DE MEMBIELA, J.B., “La gestión por objetivos (MBO) como instrumento de medición de la eficiencia administrativa”, *Revista de Actualidad Administrativa*, núm. 1, 1ª quincena de enero de 2008. Pág.3.

<sup>201</sup> NOGUER PORTERO, M.C. y GUZMÁN VALVERDE, N., “Gestió dels recursos humans per competències: Una experiència municipal/la”, *Colecció Papers de Recerca*. Generalitat de Catalunya de 1 de julio de 2007.

<sup>202</sup> *Carta Iberoamericana de calidad en la gestión pública*, aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado. San Salvador, El Salvador, 26 y 27 de junio de 2008. Adoptada por la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno San Salvador, El Salvador, del 29 al 31 de octubre de 2008.

<sup>203</sup> Considerandos núms. 92 y 97 de la Directiva 2014/24 UE

crecimiento a largo plazo, constatado en la Estrategia Europa 2020-. Razones todas ellas por las que es necesario medir, mediante la fijación de indicadores<sup>204</sup>, para conocer el grado de cumplimiento de las consideraciones estratégicas previstas en los pliegos, base sobre la cual se actuará corrigiendo desviaciones o perfeccionando los objetivos de intervención en las políticas en las que se quiere influir. *“Y es que la medición sirve de poco si no se adoptan decisiones o acciones sobre la base de los resultados obtenidos (proceso de toma de decisiones). Estas acciones a acometer deben ser capaces de dar respuesta a las debilidades detectadas, o bien, de mejorar los resultados obtenidos que, aunque positivos, tienen ciertamente margen de avance.”*, dice GARCÍA MOLINERO.<sup>205</sup>

La decisión de incluir cláusulas sostenibles, apunta DUQUE BOTERO<sup>206</sup>, *“se ve justificada no solo por la obligación moral que acompaña las actividades estatales, sino como elemento determinante de la oferta económicamente más ventajosa, ya que esta última no solo encierra aspectos monetarios y cualitativos sino también circunstancias ambientales, sociales o de comercio justo [...] el estudio de inclusión de cláusulas sociales deberá variar en cada proceso en el cual pretendan ser integradas.”*. Propone el autor analizar tres escenarios distintos, que soporten la inclusión de cláusulas estratégicas en el

<sup>204</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “Las cláusulas de Responsabilidad social en la Contratación ...”. Se introducen algunos indicadores de rendimiento:

- *“Número de desempleados de larga duración o en situación de exclusión social contratados en un año por la totalidad de los contratistas durante y para la ejecución de su respectivo contrato, no sujeto a subrogación. Objetivo: > X .*
- *Número de mujeres contratadas en un año para la realización de tareas operativas, no técnicas, en el marco de los contratos de obras, por la totalidad de los contratistas durante y para la ejecución de su respectivo contrato. Objetivo: > X .*
- *Número de personas con discapacidad contratados en un año, por la totalidad de los contratistas durante y para la ejecución de su respectivo contrato, para sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, en contratos sujetos a subrogación: >X .*
- *Ahorro en toneladas equivalentes CO<sub>2</sub> derivadas del cumplimiento de consideraciones de tipo medioambiental introducidas como condiciones especiales de ejecución o especificaciones técnicas. Objetivo: > X toneladas*
- *Número de contratos, con una pluralidad de criterios de adjudicación, en el que el criterio coste esté basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida. Objetivo: >50%.”*

<sup>205</sup> G. MOLINERO, Álvaro. Véase en la siguiente dirección de Internet:

<https://reflexionesdeuninterventor.wordpress.com/2019/04/23/>, el día 26 de abril de 2019.

<sup>206</sup> DUQUE BOTERO, Juan David, *Contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Universidad del Rosario, 2018. Págs. 390-393.

proceso de compra, debiendo estudiarse lo que denomina “*el test de idoneidad*<sup>207</sup>, *el test de necesidad*<sup>208</sup> y *el test de proporcionalidad*<sup>209</sup>.”

Hablamos en esencia de impactos en la consecución de objetivos sociales comunes y de su evaluación. Siguiendo a DÍAZ PULIDO<sup>210</sup>, «*la evaluación de impacto consiste en aislar [y medir] los efectos del programa público (Henry, 2010)*», como por ejemplo, siguiendo una línea estratégica de objetivos sociales, lo sería el de la mejora de la calidad en el empleo de los trabajadores al servicio de los contratos municipales. Para ello, es necesario conseguir evidencias científicas sólidas, aunque a menudo, como confiesa este autor, «*debemos conformarnos con medir los efectos en uno o varios indicadores relevantes*», como por ejemplo el número de desempleados de larga duración o en riesgo de exclusión social contratados durante un período determinado. El impacto, como digo en un trabajo anterior<sup>211</sup>, “*es un indicador indirecto y complejo —indicador genérico—, como la reducción de gases de efecto invernadero o la eliminación de los «techos de cristal*<sup>212</sup>», *dependiente de otros indicadores relevantes, que podríamos denominar contribuyentes —ya sean de rendimiento, cobertura o satisfacción, tales como la medición de ahorro de agua y energía, eficiencia energética, reutilización de materiales, gestión de desechos, utilización de materiales “eco” y de origen controlado, o la igualdad salarial, medidas de conciliación laboral, personal y familiar, o la*

<sup>207</sup> Consiste en analizar si la cláusula social o medioambiental resulta idónea o genera tensiones en el contexto en el que pretende introducirse, generando discriminación entre licitadores.

<sup>208</sup> El operador jurídico debe analizar si, dentro del ordenamiento jurídico, existen incentivos para fomentar determinados comportamientos. Lo que en el ámbito interno español denominamos políticas activas. Recomienda el autor que “*el funcionario encargado del proceso de compra pública deberá tener un amplio conocimiento sobre la legislación pertinente y utilizar las cláusulas solo cuando su implementación no genere un mayor desgaste, condición que se cumple si el funcionario despliega todo un esquema de responsabilidad paralelo al que ya propone la legislación.*”

<sup>209</sup> Debe analizarse si la inclusión de cláusulas sociales y sus posibles limitaciones son menores que las ventajas que reportan.

<sup>210</sup> DÍAZ PULIDO, José Manuel, “Concepto y objetivos de la Evaluación de Impacto”. IGLP-Harvard University, febrero de 2015. Presentación efectuada en el marco del Máster en Liderazgo y Dirección Pública. INAP-UIMP.

<sup>211</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, Cap. III “La calidad como objetivo permanente en la prestación de los servicios” del libro *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, la LRJSP y la LRSAL.*, Coordinador MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel”, Ed. Wolters Kluwer, 2019. Págs. 330-370

<sup>212</sup> Se trata de barreras invisibles que afectan a las mujeres trabajadoras, que les impiden alcanzar puestos de responsabilidad, con independencia de su mérito y capacidad.

*ocupación de puestos directivos, etc.— y sirve para medir el grado de cumplimiento de los objetivos de los servicios, como por ejemplo, en nuestro caso, la mayor calidad de servicio para mejorar la calidad de vida de los usuarios.”*

Con la información obtenida podrán mejorarse los objetivos estratégicos fijados, valorando la oportunidad de haber invertido, como decimos, el euro presupuestario, propio de la consideración instrumental de la contratación, frente o en concurrencia con el euro transferencial o de fomento, característico de las políticas activas sectoriales llevadas a cabo por las Administraciones Públicas competentes<sup>213</sup>. Podemos afirmar, en consecuencia, que cuando el órgano de contratación se plantea en “cabecera del procedimiento” el diseño del contrato y las posibilidades de establecimiento de condiciones de compra responsable, lo hace, o mejor debe hacerlo, sobre la base del análisis previo de cumplimiento agregado de su intervención en el mercado de la compra pública, teniendo en cuenta desempleados contratados, mujeres trabajadoras empleadas, personas con discapacidad ocupadas, ahorro en toneladas equivalentes de CO<sub>2</sub>, utilización del ciclo de vida de los productos, etc.; sin despreciar otros estudios que no parten de la experiencia anterior, sino que se centran en una previsión de ahorro de recursos o de beneficios indirectos derivados de la ejecución del contrato de que se trate.

Insiste la Comisión Europea en el espíritu de la mejora continua<sup>214</sup>, aplicada a la innovación del sector público, instando a la utilización de modelos de

<sup>213</sup> CHICANO JÁVEGA, Enriqueta y RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio Ramón, “Las cláusulas sociales en la contratación pública...”, págs. 113-134. Señalan autores que: “*si se adjudica un contrato para adquirir una maquina vendedora que debe expedir café de comercio justo (por tomar un ejemplo conocido) sabemos que el contrato ha resultado más caro que si fuera de otro tipo de café, aunque no sabemos cuánto más caro y creemos haber fomentado el comercio justo, pero no sabremos ni cuanto ni por que coste comparativo en relación con una subvención que hubiésemos concedido para la misma finalidad*”.

<sup>214</sup> La mejora continua es definida en la norma ISO 9000: 2015, como propia de aquellas actividades recurrentes para la mejora del desempeño de la organización, a cuyo efecto [...] *debe determinar y seleccionar las oportunidades de mejora e implementar cualquier acción necesaria para cumplir los requisitos del cliente y aumentar su satisfacción*. El modelo de excelencia E.F.Q.M. la define como característica de las organizaciones excelentes, preparadas para generar mayor valor y mejores resultados a través de la “*innovación sistemática, aprovechando la creatividad de sus grupos de interés*”.



gestión de la calidad, cimentados en la posibilidad de realizar ajustes continuos, sobre la base de la retroalimentación que proviene de la evaluación continua de la calidad de servicio. En este sentido, la norma ISO citada, representa este esquema bajo la secuencia *planificar-hacer-verificar-actuar*<sup>215</sup>, que podemos ver en la siguiente figura:



Ilustración 4. Secuencia de proceso. Fuente ISO adaptada.

El modelo, como cito en otro trabajo anterior<sup>216</sup>, obedece a *“una secuencia lógica en el modo de hacer las tareas y actividades, fijando objetivos en lugar de tareas espontáneas, planificando los recursos materiales y las personas con las que se colabora para su mejor aprovechamiento, identificando indicadores de seguimiento y de impacto con sus respectivos objetivos; ejecutando los objetivos intermedios, distribuidos por actividades y tareas;*

<sup>215</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, *Guía de integridad en la contratación pública local*. Comentamos en la Guía que: *“con la planificación se fijan los objetivos del sistema y de sus procesos, como el de la contratación pública. La planificación, conlleva fijar los recursos necesarios para proporcionar los resultados que queremos, de acuerdo a unas expectativas previamente definidas y el establecimiento de indicadores y objetivos. Con el verbo “hacer” se pretende llevar a cabo lo planificado conforme al proceso de contratación. La verificación implica seguimiento y medición de todos los trámites fijados como objetivos intermedios. Por último, con la acción de “actuar” nos orientamos a la corrección de desviaciones durante el proceso de ejecución, completando un círculo que se retroalimenta sobre la base de la experiencia obtenida”*.

<sup>216</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé. *“La calidad como herramienta para conseguir un modelo eficiente de gestión pública...”*.

*verificando el cumplimiento de las mismas y la corrección de desviaciones apreciadas. Qué sencillo, pero qué ausentes están estas metodologías de los modelos productivos de bienes y servicios de las administraciones públicas”.* La metodología sirve para justificar que las acciones introducidas, en su vinculación al objeto del contrato, resultan como decimos, pertinentes, oportunas, viables, eficaces y eficientes.

Solo de este modo podrá acreditarse correctamente la necesidad del contrato y la posterior selección de la oferta económicamente más ventajosa, expresada en términos de calidad/precio, como dice el considerando núm. 89 de la Directiva 2014/24 UE.

Pero, veamos ahora cómo se trata la medición de beneficios, tanto directos como indirectos, en las Guías elaboradas por distintos Grupos de interés:

#### 1) Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas<sup>217</sup>.

La Guía aconseja medir los riesgos y dar prioridad a las categorías de gastos organizativos para mejorar los resultados sociales, y se refiere al impacto de sus actividades de adquisición y cadenas de suministro. Sugiere comenzar con una pequeña gama de productos y servicios con *“un claro impacto social o en la que las alternativas socialmente responsables sean de fácil acceso y no más costosas”*. Cita ejemplos como el de la limpieza, con una alta proporción de trabajadores vulnerables *“(de minorías étnicas, personas con discapacidad, etc.) o mujeres.”* Entre otras, sugiere asimismo considerar si existen alternativas socialmente responsables para alcanzar los objetivos de la estrategia y qué costes adicionales *“podría sumar la inclusión de los aspectos sociales y los posibles efectos de restringir la competencia.”*

<sup>217</sup> COMISIÓN EUROPEA. Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, Unidad. D.2. Dirección General de Mercado Interior y Servicios, Unidad C.3. Unión Europea, 2011.

## 2) Guía Práctica “Las claves de la compra pública responsable”. Foroética<sup>218</sup>

Se refiere a los objetivos que debe perseguir un sistema de contratación eficaz, de un lado el ahorro para el contribuyente, y de otro estimular el cumplimiento y mejora de los mínimos normativos en materia laboral o ambiental. Establece asimismo los beneficios de la compra pública responsable, distinguiendo entre los correspondientes a los gobiernos, tales como la mejora en la eficacia de los mecanismos públicos de empleo y servicios sociales, “*posibilitando la reducción del gasto público*” en subvenciones, subsidios, pensiones destinadas al colectivo de discapacitados, etc., “*e incremento de ingresos generados de forma directa por la actividad laboral (impuestos y cuotas a la Seguridad Social)*”, reducción de la explotación de recursos naturales, reducción de la generación de residuos, y eficiencia energética derivada de sistemas de energías renovables; a las empresas, tales como relaciones estables con proveedores y consumidores, mejora de la calidad en el empleo y aumento de la cartera de productos; y a la sociedad, tales como la reducción de la tasa de desempleo e incorporación de colectivos en riesgo de exclusión social.

## 3) Cláusulas sociales. Dossier para la contratación pública sostenible<sup>219</sup>

Con una metodología similar a la anterior, se pregunta *¿qué ventajas aportan las cláusulas sociales?*, y distingue entre personas en situación o riesgo de exclusión social, para quienes proporcionan recursos económicos y empleo directo; las administraciones públicas, que reducen el gasto público destinado a salarios sociales o rentas básicas, subsidios de desempleo o prestaciones complementarias y mayores ingresos derivados del consumo de nuevos cotizantes; la sociedad en su conjunto, para la que proporcionan recursos económicos y cohesión social; y el medio ambiente, para el que fomentan el

<sup>218</sup> DE LA TORRE, Carlos y MARURI, Itziar. Guía Práctica, *Las claves de la compra pública responsable*. Foroética. Véase la siguiente dirección de Internet:

<https://foretica.org/publicacion/claves-compra-publica-responsable/>

<sup>219</sup> FUNDACIÓN PARA LA ATENCIÓN E INCORPORACIÓN SOCIAL. *Cláusulas sociales. Dossier para la contratación pública sostenible*. Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía. Trabajo cofinanciado por el Fondo Social Europeo.

uso de energías renovables, un menor consumo de materias primas naturales, y el reciclaje y reutilización de materiales.

#### 4) Guía práctica para la aplicación de cláusulas sociales en los contratos públicos de la Diputación Foral de Guipúzkoa<sup>220</sup>.

La Guía incorpora un sistema de acreditación y verificación de cláusulas sociales, representado en una matriz que señala diferentes indicadores de cumplimiento a observar tanto en la fase de licitación como en la de ejecución. Entre ellos, la solicitud de TC1 y TC2, libro de matrícula de la empresa, certificados de personas con discapacidad, declaración jurada sobre las mujeres contratadas durante el período de ejecución en sectores de menor índice de ocupación y en puestos de responsabilidad, memoria de aplicación del plan de igualdad, medidas de conciliación, cumplimiento de contratación de personas con dificultades de acceso al mercado laboral o en situación de riesgo de exclusión social, memoria sobre el impacto de género de la contratación, evaluación sobre la aplicación de medidas de igualdad y conciliación, cumplimiento de condiciones especiales de ejecución en materia de promoción de empleo para personas en riesgo de exclusión social, cumplimiento de criterios éticos y de comercio justo, acreditación de productos ecológicos mediante certificación o etiqueta, etc.

El sistema se cierra con una ficha de control, idéntica y homogénea para todos los órganos de contratación, en la que se recoge el cumplimiento de las cláusulas sociales por las empresas adjudicatarias. La ficha permite el cómputo global de resultados por cada una de las cuestiones sociales. Finalmente, el Consejo de Gobierno Foral, informa anualmente a las Juntas Generales de Guipúzkoa y a la ciudadanía sobre el grado de cumplimiento de las cláusulas previstas en la Norma Foral, así como de la consecución de los fines públicos de interés general y, en su caso, *“propuestas de modificación que convendría introducir para el mejor cumplimiento de sus objetivos.”*

<sup>220</sup> Guía práctica para la aplicación de cláusulas sociales en los contratos públicos de la Diputación Foral de Guipúzkoa, abril 2015.

#### 5) Manual de contratación pública responsable en relación con las personas con discapacidad<sup>221</sup>.

El manual se refiere a los beneficios que puede aportar a la empresa desde una perspectiva interna, como la contratación de personas con discapacidad para contribuir a la mejora del clima laboral, la captación del talento o la motivación de los empleados, sin desdeñar las subvenciones, bonificaciones y desgravaciones de la contratación del citado colectivo. Desde la perspectiva externa, afirma que conlleva la fidelización de clientes y proyección de su imagen pública.

#### 6) Manual de Contratación Pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad<sup>222</sup>

Sobre la misma temática anterior, también se hace eco de los múltiples beneficios de las cláusulas sociales, aunque se fija especialmente en la rentabilidad. Se trataría, dice, *“de un recurso de coste económico cero o de saldo positivo, lo que resulta muy importante ante la actual coyuntura económica, frente a otras medidas de inserción alternativas, siempre necesarias, pero que podrían generar mayores gastos tanto para las Administraciones Públicas como para las empresas privadas.”* Beneficios que se traducen en la obtención, por parte de la persona con discapacidad, de un salario a cambio de la prestación de un trabajo, lo que incidiría en un incremento de su autoestima. Para las Administraciones Públicas, conlleva una reducción del gasto público (subvenciones, subsidios y pensiones) y un aumento de los ingresos, derivado de impuestos y cotizaciones a la Seguridad Social.

<sup>221</sup> RESPONSABLES CONSULTING. *Manual de contratación pública responsable en relación con las personas con discapacidad*. Marco del Programa Operativo de la Lucha contra la Discriminación 2007-2013, investigador principal: Santiago Lesmes. Coordinación: Ana Ag ero.

<sup>222</sup> CERMI, BARCLAYS, FUNDACIÓN ONCE, *Manual de Contratación Pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad*, elaborado con el asesoramiento de Germán Alonso-Alegre, IberForo Madrid Abogados, Primera edición: octubre de 2009.

7) Resolución de 8 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan Reincorpora-t, Plan trienal para prevenir y reducir el Desempleo de Larga Duración 2019-2021<sup>223</sup>.

El texto contiene numerosas referencias al seguimiento y control de las medidas contempladas en el Plan, realizándose, dice, *“las modificaciones y mejoras que sean precisas para llevar a cabo dichas tareas.”*, mediante la comprobación del cumplimiento de los indicadores de seguimiento ligados al Plan. Así, la medida 25, encomienda a los servicios públicos de empleo el diseño de actuaciones de seguimiento y fomento de buenas prácticas en la contratación pública, especialmente de la incorporación de cláusulas sociales; y la medida 44, que prevé el seguimiento y evaluación del cumplimiento de la LCSP 2017, en materia de contratación y condiciones de empleo de las personas con discapacidad, en todas las Administraciones Públicas, encomendado a los servicios públicos de empleo, autonómicos y locales, el seguimiento de esta modalidad de contratación.

Pues bien, si se trataba de verificar cómo es la medición a través de instrumentos prácticos como las Guías y Planes, lo que obtenemos, en su lugar, son una buena muestra de beneficios y ventajas de la utilización estratégica de la contratación, en la que de nuevo, y esta vez no es solo el legislador, se viene a establecer la presunción de una mayor eficiencia en el gasto público asociada al establecimiento de medidas de tipo social y medioambiental, en la que los posibles costes adicionales, que ninguna define o concreta, se ven compensados con los ahorros derivados de las mismas (reducción del gasto público en subvenciones, subsidios, pensiones, e incremento de ingresos generados de forma directa por la actividad laboral, tales como impuestos y cuotas a la Seguridad Social, uso de energías renovables, menor consumo de materias primas naturales, y el reciclaje y reutilización de materiales); comparándose, en algún caso, con otras medidas alternativas contempladas en las políticas activas directas, que podrían

<sup>223</sup> B.O.E. de 9 de abril de 2019

generar mayores gastos tanto para las Administraciones Públicas como para las empresas privadas, aunque igualmente sin acreditar.

Por su parte, la reciente Resolución de 8 de abril de 2019, que comentamos, da un paso más, en la necesidad de hacer un seguimiento y control de las medidas que integra, especialmente, por lo que interesa a esta Memoria, en la incorporación de cláusulas sociales, incluso cita indicadores, pero se queda ahí, en una mera declaración que es preciso concretar. Sigue, también del lado de instrumentos reguladores más próximos a la gestión, sin concretarse cómo es la medición de los beneficios sociales y medioambientales de la compra pública responsable. Sigue, en consecuencia, sin justificarse el mejor empleo de los recursos públicos; una vez más sin motivarse la oportunidad de la inversión del euro presupuestario-estratégico frente al transferencial de las políticas activas.

**La diferencia entre lo que abunda, definición de beneficios de corte estratégico, tocados por la presunción de eficiencia, y lo que escasea, medición de los mismos, para justificar su utilización frente a las políticas activas sectoriales, puede representarse mediante el Informe relativo a la Contratación Pública en España-2017<sup>224</sup>, que al referirse a la contratación pública ecológica<sup>225</sup>, y partiendo de un escenario de dificultad, declarada por los poderes adjudicadores, para hacer la valoración y seguimiento de estos contratos por falta de recursos especializados, adelanta unos primeros indicadores cuantitativos que nos sitúan en el camino de la medición que defendemos, como medio de valorar el impacto de la contratación estratégica. Así, se desvelan algunos datos muy interesantes, sin duda condicionados por la tibia respuesta que las normativas precedentes, especialmente el TRLCSP de 2011, habían dado a esta concepción medial de la contratación pública. Como**

<sup>224</sup> Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, *Informe relativo a la Contratación Pública en España-2017*, abril de 2018.

<sup>225</sup> "Referida al proceso de adquisición de mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar".

por ejemplo, que en los sectores públicos estatal, autonómico y local, el volumen total de contratación pública, correspondiente a procedimientos que incluyen criterios de contratación ecológica, no supera el 13,33 % del sector autonómico, o el 11,66 % del sector estatal y el 10,19 del sector local.

Otro tanto puede decirse de la contratación pública socialmente responsable que, según el informe, adolece de circunstancias negativas, tales como la dispersión normativa, desconocimiento de la misma, dificultad para definir criterios, falta de formación del personal, y dificultad de control y verificación del cumplimiento de las cláusulas sociales previstas en los pliegos<sup>226</sup>; arrojando el dato de 8.779 procedimientos de contratación con criterios de responsabilidad social, cifra ligeramente inferior al núm. de anuncios de convocatorias de licitación -10.326-. Sin embargo, aunque el informe da un paso adelante significativo en medición acumulada de los sectores estratégicos del medio ambiente y social, no concreta tipología, ni impactos que puedan traducirse en valoración de la eficiencia que buscamos. En este propósito de concreción, aunque a nivel local, podría citarse el Plan de Responsabilidad Social del Ayuntamiento de Logroño, cuyos resultados referidos al ejercicio de 2018, son los siguientes:

<b>Indicadores del Plan de Responsabilidad Social 2018</b>		
<b>Indicadores cuantitativos</b>		
<b>Característica social</b>	<b>Objetivo</b>	<b>Resultado</b>
Número de mujeres contratadas por el operador económico para la realización de tareas operativas en obra pública	10	19
Número de parados de larga duración o en riesgo de exclusión social contratados	10	15
Número de personas con discapacidad contratadas	5	10
Número de trabajadores con mejora salarial sobre lo previsto en Convenio	40	45
Característica medioambiental		

<sup>226</sup> Del tipo de oportunidades de empleo, la inclusión social, la igualdad de oportunidades o la accesibilidad, entre otras muchas.



A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

Número de vehículos adquiridos con etiqueta ECO de la DGT	10	11
Número de cajas de papel reciclado acreditado mediante etiqueta ecológica	100%	600 (100%)
Porcentaje de contratos de limpieza de instalaciones cuyos productos se acreditan con etiqueta ecológica	100%	100%

<b>Indicadores del Plan de Responsabilidad Social 2018</b>		
<b>Indicadores de impacto</b>		
<b>Conocimiento de las políticas</b>	Objetivo	Resultado
Nivel de conocimiento por los ciudadanos de las acciones llevadas a cabo por el Ayuntamiento en materia de contratación pública responsable	60 %	52,40 %
Nivel de satisfacción de los grupos de interés locales con las políticas sociales y medioambientales estimuladas a través de la contratación pública.	10	8,11
Conformidad de licitadores a la inclusión de características sociales y medioambientales en los contratos.	8	7,44

Y también el Ayuntamiento de Avilés que, referido al comienzo de su Plan, en ejecución desde 2009, suma más de 400 trabajadores con dificultades de diversa naturaleza para incorporarse al mercado laboral. Entre ellos, se encuentran 88 discapacitados, 107 parados de larga duración, 75 mayores de 45 años, 39 inmigrantes y 15 demandantes de primer empleo<sup>227</sup>.

En ambos casos se aprecia la medición de beneficios a los que se refiere el apartado, superando la mera inclusión de características sociales y medioambientales, la mayor parte de las veces, sin control de ejecución. A partir de aquí resta todavía la fase de revisión o de actuación para la mejora continua de las políticas y, además, el análisis de eficiencia en la utilización

<sup>227</sup> Encontrado en internet, el día 17 de abril de 2019, en la siguiente dirección:  
<https://www.elcomercio.es/aviles/clusulas-sociales-aviles-20170710004619-ntvo.html>

de los fondos públicos destinados al contrato. Y aquí surge una nueva dificultad, ¿cómo demostrar la tesis de que es más beneficioso para el poder adjudicador la inversión del euro presupuestario-estratégico frente al euro transferencial de las políticas activas de carácter sectorial?.

En el supuesto de Logroño puede evidenciarse que la contratación de parados de larga duración, de personas en riesgo de exclusión social o de personas con discapacidad, compatibles con el desempeño de los puestos de trabajo asignados, no supone un incremento de los costes previstos en el presupuesto base de licitación y, al contrario, la contratación de este personal se beneficia de bonificaciones en los costes sociales que pueden aprovecharse directamente por el contratista y por el órgano de contratación, tanto si éste las ha contemplado en el precio adecuado a los del mercado, como si no lo ha hecho y se beneficia de ofertas más competitivas, derivadas del estudio de costes del contrato. Se evidencia igualmente que la contratación de mujeres en tareas operativas tampoco influye en un incremento de costes, dado el grado de mecanización de las mismas, y que el incremento de costes salariales promovido por esta visión de contratación socialmente responsable del órgano de contratación no supone un encarecimiento del presupuesto base de licitación, sino que es capaz de enjugarse por los licitadores mediante reajustes de las partidas de gastos generales y beneficio industrial, como alternativa a una eventual menor reducción o baja del precio ofertado, en la mayoría de los supuestos estudiados, todo ello sin perjuicio de lo que más adelante se dirá sobre la confrontación de intereses laborales-administrativos, derivados de la incidencia que, para la empresa adjudicataria tiene la convivencia de trabajadores propios adscritos a distintos contratos públicos y privados, con distintas condiciones de trabajo (conciliación, igualdad, salario).

De otro lado, también se dan beneficios indirectos para el órgano de contratación, que son los provenientes de un mayor ahorro para los sistemas públicos de prestaciones o subsidios por desempleo, así como del incremento de cotizantes al régimen general de la seguridad social. Entonces, ¿podemos

calificar este escenario de eficiencia?, pues parece que sí, que presenta ventajas directas e indirectas.

Sin embargo, queda por aclarar un último matiz, con la contratación de estas personas vulnerables, se ha podido prescindir de otros trabajadores que no se integran en estos colectivos o que incluso han podido ser despedidos al acabar un contrato anterior por el mismo contratista. Por tanto, habría de valorarse si los beneficios directos -menor coste de la mano de obra del contrato por bonificaciones- e indirectos -menores prestaciones por desempleo y más cotizantes a la seguridad social-, presentan una mayor rentabilidad capaz de contrarrestar el incremento de prestaciones por desempleo y la minoración de cotizaciones a la seguridad social correspondientes a los trabajadores no vulnerables o despedidos. **La conclusión, un tanto perversa, podría ser que se produce un intercambio de sujetos cuyo resultado económico es sensiblemente neutro, que no sirve para explicar la eficiencia en la utilización de los fondos públicos, si no tenemos en cuenta además el beneficio social, derivado de la obtención de un empleo por personas que tienen especial dificultad para acceder a él, satisfaciendo sus necesidades económicas, sociales y culturales, cumpliéndose así una mejora de la distribución de la renta personal y regional más equitativa, tal y como prevé el artículo 40 de la CE.**

En el área medioambiental, aun sin traducir a Tm CO<sub>2</sub>, la reducción de gases de efecto invernadero y de la huella de carbono del propio municipio parece clara, dada la eficiencia energética de los vehículos suministrados, que combinan un motor de combustión con otro propulsado con gas licuado, consiguiéndose así una minoración del 50% de consumo de gasóleo. Igualmente con la adquisición de papel procedente de la recuperación de papel usado y reciclado posteriormente, o la utilización de productos de limpieza ecológicos contrastados con etiquetas reconocidas como Ángel Azul, Ecolabel, Cisne Nórdico, etc. También en estos supuestos puede mantenerse la tesis de que el órgano de contratación no emplea recursos

económicos adicionales, vía presupuesto base de licitación, para la obtención de estos productos, al menos con el tipo de vehículos elegidos, que no presentan una incidencia significativa sobre los de motor de combustión único, aspecto que es trasladable al papel y a los productos de limpieza, algo más caros que los no etiquetados ecológicamente, pero insignificantes como elemento de coste en el conjunto del presupuesto base de licitación. Por tanto, en los supuestos contemplados en el ejemplo, se consiguen beneficios directos e indirectos demostrables de eficiencia económica que suponen un ahorro neto para el órgano de contratación, tanto en eficiencia energética, que se traduce en un menor consumo de combustible (efecto directo), como en externalidades medioambientales derivadas de un menor impacto de los gases de efecto invernadero (efecto indirecto), como en procedimientos (uso de productos de limpieza respetuosos con el medio ambiente) y métodos de producción ecológicos derivados del aprovechamiento de materias primas que se reutilizan (papel). Todos ellos contemplados en la casuística no cerrada del artículo 145.3 h) de la LCSP.

Y todavía sería preciso referirnos a aquellos supuestos donde a priori la introducción de características medioambientales puede suponer un incremento del presupuesto base de licitación que el de productos no caracterizados por su contribución a la conservación del medio ambiente. Me refiero, y pongo como ejemplo, a la compra de un vehículo eléctrico, clasificado con etiqueta 0<sup>228</sup> por la DGT, cuyo precio en el mercado puede superar un 40 % el pagado por un vehículo de combustión térmica. Pues bien, en este caso, una vez más, no debemos confundir valor con precio, y sí tener en cuenta la rentabilidad, según el ciclo de vida de los productos, “de la cuna a la cuna” (materia prima, extracción, fabricación, comercialización, transporte, eficiencia energética, desmantelamiento del vehículo al final de su vida útil y reutilización). Como hemos dicho, el ciclo de vida contempla la totalidad de los costes imputables a la prestación, incluido el precio de

<sup>228</sup> Etiqueta Ambiental “0” de la DGT, definida como: “*Vehículos clasificados en el Registro de Vehículos como vehículos eléctricos de batería (BEV), vehículo eléctrico de autonomía extendida (REEV), vehículo eléctrico híbrido enchufable (PHEV) con una autonomía mínima de 40 kilómetros o vehículos de pila de combustible*”

compra, pero no se queda ahí, otros gastos como el consumo de energía se pagarán a lo largo de su utilización, con cargo a aplicaciones presupuestarias de gasto corriente. En definitiva, es preciso contemplar como un todo la prestación, a efectos de su rentabilidad, para acreditar que una compra ecológica es más eficiente o no que otra sin esta característica, sin que ello perjudique otro análisis indirecto, como es el de las externalidades medioambientales y el cálculo de las diferentes emisiones de gases de efecto invernadero, retornos que, aun indirectos, suponen igualmente un beneficio para el poder adjudicador, siempre que, como hemos dicho, se tenga en cuenta la suma agregada de los beneficios, mediante el tratamiento global de los impactos negativos.

A modo de conclusión puede afirmarse que:

- Existe la metodología adecuada para la medición de beneficios estratégicos, ya sean directos o indirectos;
- Que no se realizan mediciones de los mismos, al margen de algunas aisladas buenas prácticas locales, y del informe de gobernanza requerido por la Comisión Europea;
- Que mucho menos se llevan a cabo evaluaciones de la eficiencia en el gasto público dedicado a la contratación, pese a las afirmaciones del legislador europeo y español, presumiendo que ésta existe per se; y
- Que de la simulación realizada, se desprende una eficiencia que podemos calificar de económica, presente en los beneficios directos e indirectos medioambientales, aunque en este último caso, hayamos de computar el beneficio agregado, tal y como se ha explicado; y una eficiencia de tipo social, no incompatible con la económica, aunque próxima a su neutralidad, al menos cuando se trata de beneficios directos, y más alejada cuando nos referimos a los indirectos o motivacionales de las personas más vulnerables.

## 5. Fórmulas comparadas en el derecho internacional. Los casos de Argentina, Chile, Venezuela, Perú y Colombia.

Analicemos ahora algunos supuestos del derecho internacional iberoamericano de la compra pública, en su relación con el principio de la eficiencia que tratamos.

### 5.1. Argentina:

Su Decreto Delegado núm. 1023/2001 “Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, justifica en el preámbulo que el incremento de la eficiencia *“reviste un carácter estratégico por su impacto en el empleo [...]”*, tiene por objeto *“que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad”*, y como principios generales, entre otros, *“la razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado.”*, eficiencia que liga a la transparencia y a la utilización de tecnologías informáticas. El principio se reproduce en el art. 14 del Decreto núm. 893/PEN/2012, al citar a los funcionarios responsables de la *razonabilidad del proyecto*, que deberán cumplir bajo los principios de *eficiencia, eficacia, economía y ética*.

Como señala LICO<sup>229</sup>, *“en el ejercicio del gasto público, siempre debe prevalecer una relación de adecuación entre el empleo de los recursos económicos que se administran y los objetivos que se persiguen.”* En este sentido, opta el autor por la simplificación de la contratación, pero sin sacrificar las garantías jurídicas y alcanzando un equilibrio entre coste y beneficio,

<sup>229</sup> LICO, Miguel A, “El sistema de compras y contrataciones administrativo en el Derecho Argentino y sus principios rectores”, del *Monográfico de Derecho Comparado de la Contratación Pública*, Director PINTOS SANTIAGO, Jaime, *ALETHEIA*, Cuadernos críticos del Derecho 1-2015, págs. 37 y ss.

aunque sin definir en qué consiste éste o cuál es su alcance, directo o indirecto. Concluye con una breve reflexión sobre la finalidad de la contratación pública, que liga a los objetivos de concurrencia, objetividad, agilidad, eficiencia, eficacia y transparencia en el manejo de los fondos estatales.

## 5.2. Chile

Su Ley 19886, de 1 de abril de 2018, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios<sup>230</sup>, dice en su artículo 6º, que *“las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros<sup>231</sup>.”* En todo caso concluye este precepto, *“la Administración deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones.”* Es decir, se hace presente la mejor combinación del binomio calidad/precio como paradigma de la mayor eficiencia del gasto asociado a la vida útil del bien o la prestación, y se valoran especialmente las características sociales incluidas en el procedimiento, tales como las mejores condiciones de empleo y remuneraciones, otorgando prioridad a aquellos postulantes que oferten mayores sueldos sobre el ingreso mínimo mensual y otras remuneraciones *“de mayor valor, tales como las gratificaciones legales, la duración indefinida de los contratos y condiciones laborales que resulten más ventajosas en atención a la naturaleza de los servicios contratados.”*

<sup>230</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile - [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl) - documento generado el 18-Abr-2019

<sup>231</sup> CÁCERES LUARTE, Natalia, “El sistema de compras y contrataciones administrativo en el Derecho Argentino y sus principios rectores”, del *Monográfico de Derecho Comparado de la Contratación Pública*, Director PINTOS SANTIAGO, Jaime, ALETHEIA, *Cuadernos críticos del Derecho* 1-2015. Págs. 17 y ss. Aduce la autora sobre el principio de eficiencia: *“en virtud de ello, no resultaría propicio para los órganos de la Administración atender única y exclusivamente al criterio precio de las ofertas para adjudicar, debiendo establecer en las bases condiciones que permitan obtener la combinación más ventajosa.”*

### 5.3. Venezuela

Una vez más, como venimos observando en los textos de estudio, en los primeros artículos de carácter programático, el Decreto, con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, núm. 1.399, de 13 de noviembre de 2014, se refiere a los principios que rigen las compras públicas en el país, significando los de *“economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad y simplificación de trámites [...]”*. Apenas algunas citas más para delimitar las competencias del Servicio Nacional de Contrataciones, y para la utilización de los medios y dispositivos en las contrataciones electrónicas. Aspectos declarativos que no se reproducen en el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, aprobado por Decreto núm. 6.708, de 19 de mayo de 2009, y que tampoco se traducen directamente en la consecución de la obtención de la mejor oferta, atendida la calidad y el precio, dadas las preferencias que la normativa reguladora otorga a los contratantes del país y a la inclusión de bienes y servicios producidos en el mismo con recursos financieros públicos (arts. 12 y 13 del Decreto 1.399), o la preferencia en la calificación y *“puntaje adicional en la evaluación a oferentes constituidos con iniciativa local en el área donde se va a ejecutar la actividad objeto de la contratación”* (art. 66 del Decreto 1.399, desarrollado en el art. 100 *“Preferencias a oferentes con domicilio principal en el sitio de ejecución de la contratación”* del Reglamento).

### 5.4. Perú

En su Texto Único ordenado de la Ley núm. 30225, de Contrataciones del Estado, declara entre otros, como principios generales que rigen las contrataciones (art. 2), los de eficacia y eficiencia en garantía, según dice, de *“la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.”* El procedimiento de evaluación contempla la combinación del precio con otros factores cualitativos, tales como el plazo de entrega de los



bienes o prestación de los servicios, los relacionados con la sostenibilidad ambiental o social, y la garantía comercial y/o de fábrica (Art. 51 del Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo, núm. 344-2018-EF).

## 5.5. Colombia

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aprobado por Ley 80 de 1993, de 28 de octubre, establece en su artículo 3º, que *“las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.”* Para ello se apela a la definición “con precisión” de las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras y servicios. Y si bien, se otorgan preferencias, en igualdad de condiciones para contratar a los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, se relativiza<sup>232</sup> con los acuerdos de libre comercio que, sobre la base de la reciprocidad contemplada en el artículo 20º del Estatuto, se suscriben con México, Canadá, Chile, Mercosur, Salvador, Honduras, Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) y CARICOM, profundizando en la liberalización de las compras públicas, bajo un trato no discriminatorio otorgado a los bienes y servicios procedentes del país parte del Tratado. La única excepción consignada por Colombia, nos aclara Juan Pablo SARMIENTO, consiste en la preferencia otorgada a favor de la Mipyme, frente a una oferta nacional o extranjera.

Colombia, además, ha publicado las Guías de compras públicas socialmente responsables y sostenibles con el ambiente<sup>233</sup>. En la primera, al referirse a la justificación y objetivos que se pretenden, afirma que estas medidas *“generan*

<sup>232</sup> SARMIENTO E., Juan Pablo, “La internacionalización de la contratación pública en Latinoamérica, los modelos de Chile y Colombia”, publicado en INAP “La administración al día”. 29/06/2016. Dice el autor: *“lo expuesto nos permite concluir que los tratados analizados suponen, de entrada, la relativización, y las más de las veces, la exclusión de una de las principales reglas de la contratación pública en la experiencia latinoamericana comparada: la preferencia de la oferta nacional sobre la extranjera.”*

<sup>233</sup> Guías de compras públicas socialmente responsables y sostenibles con el ambiente. Programa “Colombia Compra Eficiente”. Pág. 4 de ambos documentos.

*valor por dinero... pues optimizan los recursos públicos en términos de tiempo, dinero y capacidad del talento humano y de la eficiencia en los procesos para satisfacer las necesidades de las Entidades Estatales y cumplir su misión.* Pero, lo que es más importante, aclara algo que ya hemos desarrollado con anterioridad, el concepto valor y precio, entendiendo el denominado “valor por dinero” no como el menor precio, sino bajo una perspectiva sostenible, en la que tiene en cuenta también las consecuencias éticas para todos los involucrados. En la segunda Guía, insiste en el concepto de “valor por dinero”, considerando múltiples ventajas, tales como la satisfacción de la necesidad (eficacia), el ahorro de costes asociados al ciclo de vida (economía), reducción de recursos (eficiencia), promueve la participación de empresas o poblaciones en el sistema de compra pública, así como la innovación en el sector privado.

## 5.6. México

El artículo 1. de la Ley de Adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público<sup>234</sup>, se refiere a la administración de los recursos bajo los principios de *“eficiencia, eficacia y honradez, para satisfacer los objetivos a los que estén destinados [...], asegurando “las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.”* Circunstancias que el artículo 26 de la misma norma extiende al crecimiento económico, la generación de empleo, la eficiencia energética, el uso responsable del agua, la optimización y uso sustentable de los recursos, así como la protección del medio ambiente.

OTERO VARELA<sup>235</sup>, dice al respecto que lo cierto es que para la autoridad gubernamental la contratación sostenible es de orden secundario, y no atiende a la naturaleza de las compras públicas *“que según la autoridad*

<sup>234</sup> Aprobada por Decreto del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000, cuya última reforma se publica en el DOF el 10 de noviembre de 2014.

<sup>235</sup> OTERO VARELA, Juan Manuel, “Los objetivos del desarrollo sostenible y la contratación pública”, págs. 394 y ss.

*administrativa se enfoca en mejorar la eficiencia en el gasto público”,* requiriéndose, según dice, de un análisis de costo-beneficio, ya que productos en principio más caros, pueden generar beneficios de consumo a largo plazo, respecto de otras alternativas.

En resumen, todas las normas reguladoras de la contratación pública analizadas asocian la eficiencia de sus compras con la satisfacción de unas necesidades para el cumplimiento de unos fines de carácter institucional que se materializan mediante la prestación de servicios públicos relacionados con el bien común. Los matices distintivos los encontramos en la diferente predominancia, económica o social, de esa eficiencia. Mientras que para países como Argentina y México, las condiciones sociales y medioambientales aparecen subordinadas a la fórmula “costo-beneficio”, para Chile, Venezuela, Perú y Colombia, forman parte de los criterios cualitativos a considerar, generando “valor por dinero”; pero en ninguno de los casos estudiados se ven enfoques que propendan a la medición, y al sostenimiento con datos de que la mayor eficiencia o el mayor valor del precio que se paga por una obra, un suministro o un servicio, se obtiene mediante la consideración de características sociales, medioambientales o relacionadas con la innovación pública. Pese a todo, queda patente la preocupación por lo social y lo medioambiental, políticas en las que se puede influir con instrumentos como las compras públicas, dada su relevancia en la ejecución de un importante gasto público.

## **6. Los principios de eficiencia, eficacia y economía en la doctrina de los órganos de control externo, las resoluciones de los Tribunales de Recursos Contractuales, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y la jurisprudencia del TJUE.**

Siguiendo con esta mirada a la eficiencia en su doble dimensión económica y social y sostenible, corresponde ahora hacer un repaso al tratamiento realizado por órganos económicos especializados de control, tales como los Tribunales de Cuentas, Español y Europeo, las Resoluciones de los Tribunales de Recursos

Contractuales, como doctrina especializada, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), como *“organismo que promueve y defiende el buen funcionamiento de los mercados en interés de los consumidores y de las empresas”*, y la jurisprudencia de emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El objetivo sigue siendo el mismo, evaluar la incidencia de los principios económicos, de eficacia, eficiencia y economía en la compra pública, especialmente en su relación con la introducción de características sociales, medioambientales o de innovación.

### **6.1. Tribunal de Cuentas de España**

Un informe característico, por su relación con el trabajo de investigación que se lleva a cabo, es el núm. 948, *“informe de fiscalización de las contrataciones desarrolladas por las entidades locales en relación con las inversiones financiadas por el fondo estatal de inversión local (FEIL) creado por real decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre”*. Este fondo se había creado en el marco del Plan Español para el estímulo de la economía y del empleo (Plan E), se dotó con 8.000 millones de euros, y tenía el propósito *“de favorecer aquellas inversiones que contribuyesen a dinamizar a corto plazo la actividad económica, influyendo directamente en la creación de empleo”*. Se esperaba que el fondo beneficiara el empleo a través de pequeñas empresas en actividades propias de la construcción, los servicios de ingeniería y de la arquitectura, así como la producción de materiales, maquinaria y otros equipamientos.

Entre los criterios de adjudicación que la norma autorizó, el Tribunal se fija especialmente en los referentes al empleo, puesto que era uno de los objetivos troncales de la creación del fondo, y aclara que pese al contenido del entonces vigente artículo 134 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, que establecía *“para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio [...] no obstante la propia Ley establecía un conjunto de*

*principios y normas que, entre otras, tienen la finalidad de reconocer la necesidad de que la contratación pública siga criterios de sostenibilidad social, económica y medioambiental.*”, introduciendo, por Ley, una excepción a la calidad intrínseca de la oferta y su vinculación con el objeto del contrato, hasta ese momento prácticamente inédita. El Real Decreto Ley, exigió la toma en consideración de criterios de adjudicación basados en indicadores relevantes de fomento del empleo, procedente del ajuste que tuvo lugar en el sector de la construcción.

Según señala el Tribunal de Cuentas, el FEIL *“no exigió ninguna justificación respecto del mantenimiento de puestos de trabajo del personal que ya formara parte de la estructura de la empresa, a pesar de que ese compromiso también había tenido que declararlo el adjudicatario [...]”*. Concluye el Tribunal, señalando que el número total de puestos de trabajo creados ascendió a 235.934, frente a los 381.740 trabajadores que las empresas adjudicatarias se habían comprometido a emplear, entre trabajadores que ya formaban parte de su estructura (55%) y nuevos contratados, procedentes de la situación de desempleo (45%).

En el informe núm. 1.320 *“Fiscalización de la contratación de las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas sin órgano de control externo propio, ejercicios 2016 y 2017”*, al analizar las incidencias relacionadas con los criterios de adjudicación, el Tribunal cita la nueva Directiva de Contratación Pública 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, referenciando el concepto de *“oferta económicamente más ventajosa, determinada sobre el precio o coste”*, y señala que *“que podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato de que se trate.”*. Poco después, al examinar las deficiencias observadas en los expedientes sometidos a fiscalización, concretamente con la definición y ponderación de los criterios de adjudicación, dice haber observado deficiencias por la falta de relación con las cualidades intrínsecas de la prestación.

En el informe de fiscalización de la contratación de las Entidades Locales de las Comunidades Autónomas sin órgano de control externo propio, correspondiente al período 2013-2014, se concluye que, con carácter general, no se hizo uso de las previsiones de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, al no establecer los pliegos la preferencia en la adjudicación de los contratos a favor de empresas que hubieran adoptado medidas en materia de igualdad.

En el informe anual de fiscalización de la Contratación realizada por los Ministerios del Área Político-Administrativa del Estado y sus Organismos dependientes durante el ejercicio 2015, se concluye que, con carácter general, las entidades fiscalizadas *“no hicieron uso de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, al no establecer en los PCAP la preferencia en la adjudicación de los contratos [...], y recomienda la aplicación efectiva y regular de las previsiones incluidas en la Ley, tendentes a promover dicha igualdad a través de la contratación.*

Según puede apreciarse de los informes del Tribunal de Cuentas, en los que se han buscado referencias de la ecuación -establecimiento de criterios sociales y medioambientales = eficiencia en el gasto-, tampoco obtenemos resultados conclusos, más allá de la constatación de una desviación entre el propósito, o buenas intenciones del legislador del FEIL, acerca de la creación de empleo y los datos obtenidos; igualmente, se evidencian la doctrina clásica de vinculación al objeto del contrato, tanto o más próxima según sea la relación de los criterios de adjudicación con las cualidades intrínsecas de las prestaciones, así como las recomendaciones sobre la utilización de los compromisos de igualdad efectiva entre mujeres y hombres como preferencia en la adjudicación.

## 6.2. Tribunal de Cuentas Europeo

El Tribunal, en su dictamen núm. 4/2011, contribuye al debate abierto sobre el Libro Verde de la Comisión, en relación con la modernización de la política de contratación pública de la Unión en su doble condición de auditor externo y de institución pública, como poder adjudicador. Se hace eco de la Estrategia Europa 2020, y opina que *“la introducción de objetivos nuevos en la política de la UE, tal y como prevé la estrategia Europa 2020, puede incrementar la complejidad del marco jurídico y crear dificultades añadidas para el logro de otros objetivos fijados por la reforma, como el de dar mayor seguridad jurídica a los poderes adjudicadores y a las empresas.”*. Y pese a no ser de su competencia, según dice, *“pronunciarse sobre si debería hacerse posible una mejor utilización de los contratos públicos en apoyo de otras políticas y objetivos sociales [...]”,* entre los que incluye la protección del medio ambiente, la eficiencia energética y la lucha contra el cambio climático, la innovación y la inclusión social, *“considera que la imposición de más condiciones a la legalidad de los procedimientos de contratación pública, puede incrementar su coste y su complejidad, y con ello también el riesgo para la rentabilidad económica y el cumplimiento de la legislación [...]”*.

En el dictamen 1/2015, sobre una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom), núm. 966/2012 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, se refiere al último paquete de directivas de contratación pública aprobadas, las 2014/24/UE y 2014/23/UE, recordando que tienen por objeto *“incrementar la eficiencia del gasto público, [...] y permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes [...]”,* recomendando la introducción de estos objetivos en el articulado del Reglamento. Es decir, opta por la seguridad jurídica, en la utilización de la contratación como apoyo de objetivos sociales, pero al mismo tiempo, *“sin olvidar que esta utilización de la contratación pública no puede atender contra la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión.”*

En su informe Especial sobre *“Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión”*, el Tribunal analiza una selección de modificaciones introducidas en la nueva Directiva sobre contratación pública de obras y servicios públicos, y se hace eco de la opinión de las autoridades de los Estados miembros visitados en la fiscalización, por el riesgo de que una nueva legislación incorpore aspectos sociales y medioambientales, dada su complejidad, lo que podría afectar a un proceso transparente y no discriminatorio<sup>236</sup>.

Otro informe Especial, el núm. 23, de 2018, sobre *“Contaminación atmosférica: nuestra salud no tiene todavía la suficiente protección”*, el Tribunal evalúa la eficacia de las medidas de la UE para proteger la salud humana de la contaminación atmosférica y concluye que no han tenido los efectos esperados, aduciendo que *“el ingente coste humano y económico todavía no se ha traducido en medidas adecuadas en toda la UE.”* Acaba recomendando *“la incorporación de la política de calidad del aire en otras políticas de la UE y el fomento de la concienciación y la información del público.”*

De estos informes y dictámenes específicos se observa cómo el Tribunal de Cuentas Europeo no niega la utilización estratégica de un importante instrumento como es la contratación pública, aunque le preocupa la seguridad jurídica del procedimiento, que podría perder en transparencia e igualdad de oportunidades, e incrementar su coste y complejidad y, por tanto, el riesgo de su rentabilidad. La conclusión podría ser: es posible la introducción de aspectos sociales, medioambientales y de innovación, conforme a la Estrategia Europa 2020, sin atentar contra la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión.

<sup>236</sup> Tribunal de Cuentas Europeo. Informe Especial núm. 10 ES 2015, sobre *“Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión”*.



Una vez más, equilibrio y proporcionalidad en la utilización socialmente responsable de la contratación, que debe tener en cuenta los importantes beneficios sociales y medioambientales, pero al mismo tiempo los de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, o lo que es lo mismo, eficiencia económica y eficiencia social. El Tribunal no va más allá, porque tampoco ha establecido metodologías de medición ni la computación, muy importante, de beneficios directos e indirectos, así como el reparto de estos últimos, cuando el interés trasciende el del propio poder adjudicador.

### 6.3. Tribunales de recursos contractuales

La Memoria final del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), correspondiente al período entre el 11 de marzo de 2011 y el 31 de diciembre de 2017, trata el concepto de *“eficiencia social”* y lo liga a la valoración, como criterio de adjudicación, del plan de conciliación social, diciendo *“que las previsiones cuestionadas por la recurrente [...] no quiebran las reglas expuestas, pues existe una vinculación con la mejor calidad en la prestación del servicio [...] es más, se garantiza una mejor eficiencia social que preserva las exigencias constitucionales de políticas sociales activas.”*

Para el Tribunal, que tiene en cuenta la evolución de la contratación pública, desde posiciones burocráticas (*“visión hacendística”*), hacia una consideración instrumental, diseñada para el cumplimiento de los fines de la Administración; el principio de eficiencia *“no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.”*

Finalmente, analiza la nueva LCSP, considerándola como *“ventana de oportunidad”*, para *“un nuevo liderazgo institucional público a través de una adecuada articulación de la política de contratación pública que, además,*

*puede ayudar en la estrategia de mejorar la productividad de nuestro modelo económico.*

El Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, en su Resolución núm. 1056/2017, de 10 de noviembre de 2017, referencia su muy reiterada doctrina<sup>237</sup>, en la que sostiene que para la fijación del presupuesto de un contrato, debe partirse siempre del principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria y de control de gasto, tal y como se establece en el artículo 1 del TRLCSP.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP), en su Resolución 33/2018, de 24 de enero de 2018, explica el valor añadido de una cláusula medioambiental que vincula al objeto del contrato la calidad de unos vehículos no contaminantes, diciendo que no se adquiere el vehículo más barato sino el económicamente más ventajoso, utilizando para ello el binomio coste-eficacia. Aprovecha el silogismo para trasladarlo a los aspectos sociales y sus requisitos, y recuerda la reciente Comunicación de la Comisión Europea, de 3 de octubre de 2017, citando como objetivo global el de *“obtener una mejor relación calidad-precio para el dinero público, proporcionar mejores resultados para los objetivos sociales y de otras políticas públicas, al tiempo que se aumenta la eficiencia del gasto público”*. Si bien, el Tribunal afirma que: *“sin embargo, la mayoría de las licitaciones económicamente ventajosas sobre la base de un enfoque de relación coste-eficacia que puede incluir criterios sociales, medioambientales, innovadores, de accesibilidad y otros criterios cualitativos, siguen estando infrutilizadas”*.

<sup>237</sup> Resoluciones 310/2012, de 28 de diciembre, 83/2013, de 20 de febrero, 112/2013, de 21 de marzo, 251/2013, de 4 de julio, 341/2013, de 2 de septiembre, 143/2014, de 21 de febrero, 313/2014, de 11 de abril, 629/2014, de 8 de septiembre, 794/2014, de 24 de octubre, 891/2014, de 5 de diciembre, 264/2013, de 4 de julio, 185/2012, de 6 de septiembre, y 88/2015, de 30 de enero, entre otras muchas.

Por último la Resolución 41/2019, de 19 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía<sup>238</sup>, se refiere al principio de eficiencia, calificándolo de “*extraordinaria importancia*”, por su carácter transversal, informando su interpretación y aplicación. Y cita el artículo 28 de la LCSP 2017, recordando que: “*2. Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley.*”

Como conclusión del apartado puede decirse que no son numerosas las resoluciones que tratan, con cierta singularidad, el principio de eficiencia, y cuando lo hacen, como se muestra en esta selección, se sigue presumiendo en un muy loable razonamiento asociado a los nuevos paradigmas de la contratación instrumental o estratégica, aunque necesitado de demostración empírica, que la eficiencia está *per se* implícita en la introducción de características sociales y ambientales en los procedimientos de contratación.

#### **6.4. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)**

En el documento *PRO/CNMC/001/15: Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, de 5 de febrero de 2015, la CNMC nos habla de la competencia y eficiencia económica como sus signos de identidad, constituyendo su misión, visión y objetivos. Lo mismo que para la contratación pública, cuyo objetivo fundamental es la eficiente utilización de los fondos públicos y la salvaguarda de la libre competencia. La CNMC, distingue entre evaluación interna y

<sup>238</sup> El Tribunal califica de última manifestación del principio de eficiencia la prevista en el artículo 294 de la LCSP 2017, al mencionar entre las causas de resolución del contrato de concesión de servicios el rescate, para su gestión directa por razones de interés público. El rescate -dice- requerirá de la acreditación de que la gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.

externa del grado de cumplimiento de la eficiencia económica, si bien, dice que:

*“la realidad ha demostrado que la mayor parte de los mismos adolecen por un lado de una excesiva focalización en un análisis sesgado de la legalidad, dejando de lado el cumplimiento del resto de consideraciones ya planteadas en relación con la eficiencia y competencia que han de inspirar la contratación pública, así como en muchos casos el retraso en la realización de dichos controles, los dota de poca utilidad.”*

En otro documento, el denominado *E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, de 7 de febrero de 2018, la CNMC recurre a la Plataforma de Contratación del Sector Público para evaluar la eficiencia en la utilización de los fondos públicos, que puede medirse en función de distintas variables, tales como el coste o precio, la calidad o el plazo de ejecución, advirtiendo de que no se dispone de datos relativos a la calidad ni a la duración del contrato, de ahí que base sus métricas en términos de coste. El resultado de su análisis es que: *“el precio medio que paga la Administración por los procedimientos abiertos es de un 9,857% inferior al precio medio que paga cuando recurre a los procedimientos no abiertos (negociados, restringidos y diálogos competitivos).”*. En relación con el número de participantes, dice que *“la participación adicional de una empresa en un lote supone una reducción media del precio a pagar por la Administración de un 2,1%.”*

La CNMC, consciente del valor capital de la eficiencia en el gasto público que afecta a la contratación pública, concreta distintas fórmulas para su medición, aunque se ve limitada a optar por la variable coste, debido a la inexistencia de datos correspondientes a calidad y plazo, y nos ofrece un análisis muy significativo de la dominancia o sesgo del factor legal sobre el económico en el ámbito contractual. No contempla la singularidad social y medioambiental que constituye el objeto de nuestro trabajo, aunque sí mide la variable precio, llegando a la conclusión que se ha adelantado sobre el procedimiento abierto frente a los negociados y restringidos.

## 6.5. Jurisprudencia del TJUE

También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nos habla de eficiencia en un conjunto de sentencias<sup>239</sup>, relativas a los servicios de asistencia social de carácter sanitario, mediante la suscripción de conciertos que dan derecho al reembolso de los costes, excluido el beneficio. Las razones que se aducen son de carácter económico y de cumplimiento de objetivos, citando por todas la STJUE de 28 de enero de 2016, asunto C-50/14, “CASTA”, en la que se dice (considerando núm. 57) que el recurso a asociaciones privadas sin ánimo de lucro, para la organización del servicio de transporte sanitario, además de estar motivado por los principios de universalidad y solidaridad, existen razones de eficiencia económica, *“toda vez que permite que ese servicio de interés general sea prestado en condiciones de equilibrio económico en el orden presupuestario por organismos constituidos esencialmente para servir al interés general.”*

En los supuestos tratados, el mejor aprovechamiento de los recursos o la mayor rentabilidad de los mismos no se deriva de la mejor relación calidad/precio, al menos no de la que surge de un buen diseño del objeto del contrato, con conocimiento del mercado, de su mayor transparencia y concurrencia, sino que es producto de una normativa general, de aplicación al estado miembro convocante, bajo la que solo pueden concurrir empresas o asociaciones sin ánimo de lucro, teniendo en cuenta que los gastos en los que incurran para la prestación del servicio serán reembolsados, excluyendo de los mismos el beneficio. Y en efecto, la prestación en *equilibrio económico* citada por el TJUE, por razones de interés público, constituye *per se* una mayor eficiencia para la Administración, pero no siempre y en todo caso, sino

<sup>239</sup> Asunto C-50/14 (procedimiento entre Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y otros, y Azienda sanitaria locale di Ciriè e Ivrea. Asunto C-113/13, en el procedimiento entre Azienda sanitaria locale n.5 “Spezzino” y otros, y San Lorenzo Soc. coop. Sociale y otros. Asunto C-70/95 “Sodemare”. Asunto C-465/17, Falck Rettungsdienste GmbH, Falck A/S contra Stadt Solingen, conclusiones del Abogado General, de 14 de noviembre de 2018. El recurso a esas asociaciones, es comentado por MORENO MOLINA, J.A. sobre la sentencia (CASTA), en “Servicios a las personas. Colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sanitarias”. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 144, julio-agosto 2016. Pág. 2.

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

cuando la compensación de costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones, excluido el beneficio, sean los propios de una gestión empresarial eficaz y eficiente. De ahí que sea primordial incluir mecanismos para controlar el equilibrio entre la compensación y los gastos financiados. Volveremos más adelante sobre esta jurisprudencia, al tratar de los servicios a las personas.

**PARTE SEGUNDA. Integración de factores sociales, ambientales y de innovación en las distintas fases del proceso de contratación.**

En los capítulos anteriores hemos estudiado la R.S. de las Organizaciones Públicas en un contexto de servicio público y de respeto a los principios del derecho positivo, que se orienta hacia las necesidades y expectativas de los ciudadanos, que transita desde los antiguos postulados burocráticos del “cómo se hacen las cosas” al “para quién”, en el marco de una gestión eficiente y responsable enfocada al resultado y las personas, antes que a la mera actividad y los departamentos. Igualmente sobre el papel, como herramienta, de la contratación pública en la promoción de esta R.S., analizando el “viaje” desde su naturaleza clásica, asociada al abastecimiento de bienes y servicios públicos, cuya mayor preocupación reside en la economía del gasto y la legalidad del proceso, hacia otra más estratégica en la que no solo se tienen en cuenta estos principios, sino que además se persigue la obtención de obras, suministros y servicios de gran calidad y eficiencia económica, mediante la inclusión de características sociales, medioambientales y de innovación.

Nos hemos detenido también en analizar los elementos que obstaculizan esta nueva visión estratégica que mantenemos y las consecuencias negativas que puede acarrear su no establecimiento y, por último, en un capítulo relevante en esta Memoria, como es el poco demostrado y sostenible equilibrio entre una contratación instrumental y estratégica con el uso eficiente de los fondos públicos, se han analizado los beneficios directos e indirectos que obtiene el órgano de contratación con la introducción de características sociales, medioambientales y de innovación en sus contrataciones, en contraste con las buenas prácticas conocidas, la doctrina administrativa, la jurisprudencia del TJUE y el derecho comparado.

Por tanto, después de reflexionar sobre contexto, entorno, y sobre las razones que hacen de la contratación pública un instrumento adecuado para contribuir al desarrollo de otras políticas públicas, con un balance positivo, sin perjuicio de haber constatado la falta de una actividad probatoria, al menos de modo indubitado; procede ahora estudiar las herramientas y sus posibilidades para integrar estos aspectos beneficiosos para la sociedad en general, a la vista de las mejores prácticas, la doctrina y jurisprudencia especializadas, y las



Resoluciones de los Tribunales de Recursos Contractuales, especialmente. Con ello se pretende no solamente el ejercicio académico de la correcta adecuación de los mismos a las distintas fases del procedimiento administrativo, sino lo que es más importante, hacer una correcta revisión de la materia, tratando de fijar estándares de consenso entre los distintos actores de la contratación pública - doctrina científica, TARC, jurisdicción contenciosa y TJUE- que limiten la inseguridad y el riesgo que caracteriza la toma de decisiones de esta índole por los órganos de contratación.

Es todavía grande la polarización, como veremos, entre criterios intrínsecos, relacionados con la prestación y con su operativa, frente a criterios extrínsecos, relativos al carácter instrumental de la contratación para contribuir con las políticas sociales, medioambientales y de innovación no vinculados directamente al objeto del contrato. Todavía está muy reciente la entrada en vigor de la LCSP 2017, que constituye un verdadero paso adelante en la materia, como para haber dejado el poso necesario del que extraer la certeza y seguridad que buscamos en su aplicación.

Con estas limitaciones se abordan los siguientes Capítulos, encontrando en las mismas, probablemente, su mayor utilidad.

## **CAPÍTULO IV. Antecedentes. La prestación intrínseca y vinculación al objeto del contrato.**

Como se ha apuntado en la introducción de este Capítulo se buscan antecedentes del valor instrumental de la contratación pública, germen, un tanto restrictivo, de una visión más amplia que se consolida en la cuarta generación de Directivas de 2014, y llega al derecho interno con la LCSP 2017.

La consagración internacional de las cláusulas sociales fue alcanzada, como nos dice VILLACRESES VALLE<sup>240</sup>, *“con el Convenio nº 94 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), denominado Convenio Relativo a las Cláusulas de Trabajo en los Contratos Celebrados por las Autoridades Públicas, [...] con el objetivo de que se celebren contratos administrativos que impliquen empleo de trabajadores [...] en condiciones inferiores a un nivel aceptable de protección social y, además, para motivar a establecer niveles altos de protección para que la Administración pública actúe como ejemplo de empleador.”*. Sin embargo, son los tratados de la Unión Europea y las Comunicaciones interpretativas de la Comisión, que veremos a continuación, los que influyen en la creación de este carácter instrumental del Derecho Europeo de la contratación pública a través, especialmente, de la tercera generación de Directivas.

### **1. Los tratados de la Unión Europea.**

El Tratado de la Unión Europea, hecho en Maastricht, el 7 de febrero de 1992, sobre la base de los entonces vigentes, Tratados Constitutivos de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y de la Comunidad Económica Europea, considerados como el pilar comunitario; después de garantizar la libre circulación de las personas, declara

<sup>240</sup> VILLACRESES VALLE, Jaime A., “Prestaciones públicas socialmente responsables”, en la cita que hace de MORÓN URBINA, Juan Carlos (2012), «Las cláusulas sociales en la contratación pública: hacia una contratación responsable», en *Aportes para un Estado eficiente*, Palestra Editores S. A.C., Lima, pág. 530, (sin acceso personal a la obra de origen).

en su modificado artículo tercero<sup>241</sup>, apartado 3. -antiguo artículo 2- que: ***“la Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.***

*La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.”.*

Esta redacción consolidada del Tratado de la Unión Europea, está muy lejos de la versión original del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que propiciaba un mercado común con la intención de una *“elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran.”*, y algo más cerca de la redacción de 1992, en la que se pretende *“un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”*. En efecto, la última versión demuestra ya una alineación con las grandes preocupaciones sociales -economía social de mercado- tales como el pleno empleo, la conservación del medio ambiente o la innovación -*progreso científico y técnico*-, que se hacen visibles en la Estrategia Europa 2020, *“Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”*.

<sup>241</sup> Versión consolidada de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea. Esta publicación contiene la modificación efectuada por el Protocolo por el que se modifican las disposiciones transitorias, anejo a los Tratados de la Unión Europea, de Funcionamiento de la Unión Europea y constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, la modificación que figura en el Reglamento (UE, Euratom) núm. 741/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de agosto de 2012, por el que se modifica el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su anexo I, así como las modificaciones contenidas en las Decisiones 2010/718/UE y 2012/419/UE del Consejo Europeo, de 29 de octubre de 2010 y de 11 de julio de 2012, que modifican el estatuto respecto de la Unión Europea de la isla de San Bartolomé y de Mayotte, respectivamente.

Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>242</sup>, el más antiguo de los Tratados que soportan el edificio jurídico de la Unión, fue firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, como Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. El texto, de un mayor detalle jurídico, en su versión consolidada a 31 de diciembre de 2007 (Tratado de Lisboa), dedica el Título IX al Empleo, apelando al esfuerzo de los estados miembros para *“potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea.”* El Título X, dedicado a la Política Social, que vuelve a incidir en el objetivo de fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, *“una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.”* Para la consecución de estos objetivos, establece el artículo 153, la Unión apoyará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos, de los que excluye las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el cierre patronal:

- “a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores;*
- b) las condiciones de trabajo;*
- c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores;*
- d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral;*
- e) la información y la consulta a los trabajadores*
- f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5;*
- g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión;*
- h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 166;*
- i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo;*
- j) la lucha contra la exclusión social;*

<sup>242</sup> Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 2016/C 202/01, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 7 de junio de 2016.

*k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c)*”.

El mismo Título, garantiza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre el hombre y la mujer, y permite a los Estados miembros, la adopción de medidas de compensación a favor del sexo menos representado en los sectores profesionales.<sup>243</sup>

El Capítulo XIX, dedicado a la investigación y desarrollo tecnológico y espacio, se refiere a la estimulación de los esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad, a fin de que las empresas aprovechen las posibilidades del mercado interior, especialmente por medio de la apertura de la contratación pública.

Finalmente, el Título XX, recoge la política de medio ambiente de la Unión, fijando los siguientes objetivos:

- *“la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente,*
- *la protección de la salud de las personas,*
- *la utilización prudente y racional de los recursos naturales,*
- *el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a luchar contra el cambio climático.”*

En definitiva, integración, igualdad y lucha contra la exclusión social; el fomento de la investigación y el desarrollo; y la conservación del medio ambiente, forman parte del elenco de la perspectiva social que informa el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y sus principios generales. Aunque, como hemos dicho, se recojan en su versión consolidada, demostrando una constante evolución, que arranca con el Tratado de Roma de 1957 y culmina con el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007.

<sup>243</sup> Dice el art. 157.4: *“Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.”*

Una primera aproximación a esta perspectiva social de los Tratados se refleja en el Libro Verde, que se trata a continuación, y en las Comunicaciones interpretativas de la Comisión Europea, sobre la integración de aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública.

## **2. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.**

El documento, sobre la base de la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, que entró en vigor con el Tratado de Lisboa, recoge entre otros derechos singulares, el de igualdad entre mujeres y hombres, en todos los ámbitos, inclusive, dice, *“en materia de empleo, trabajo y retribución”*, sin que impida las medidas tendentes a la compensación en favor del sexo menos representado, así como el de integración profesional de las personas con discapacidad. Con carácter general, para todos los trabajadores, contempla el derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad; la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes, que deberán *“disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica [...]”*; la conciliación de la vida familiar y profesional; el acceso a los servicios de interés económico general, y la protección del medio ambiente, conforme al principio de desarrollo sostenible.

Si hay algo que la Carta aporta<sup>244</sup> en el repaso que damos a estos instrumentos normativos, guías o protocolos de actuación para introducir en la contratación pública beneficios sociales que contribuyen a potenciar políticas directas de carácter social o medioambiental, no es, por supuesto, la constatación de los derechos singulares tales como la igualdad entre mujeres y hombres, la prevención de riesgos laborales, la protección de los jóvenes o la conciliación de la vida familiar y laboral, entre otros, sino que, referido a la citada igualdad nos habla de la compensación de desventajas a favor del sexo menos representado, lo que de suyo es fijar un criterio de capital importancia en el tratamiento de la

<sup>244</sup> Como germen de posteriores regulaciones de contratación pública, tales como las Directivas de tercera y cuarta generación.

misma, como es el de favorecer, ya sea hombre o mujer, su mayor presencia laboral en aquellos sectores de actividad en los que cada uno está menos representado.

Así, cabe preguntarse ¿de qué otro modo sino podrían revertirse situaciones tradicionales en sectores de actividad, típicamente masculinizados, como la obra pública, en los que la presencia masculina tiene una apabullante presencia frente a la femenina?. La respuesta está en la compensación directa, a través de políticas activas; o indirecta, a través de la contratación pública, propiciando una valoración específica a favor de aquellas empresas licitadoras que oferten la mayor representación de cada uno de los sexos que se busca; o bien, introduciendo en los Pliegos una condición especial de ejecución que garantice la compensación de las carencias que se constatan en los sectores de actividad correspondientes.

### **3. Libro Verde. La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro<sup>245</sup>.**

El Libro Verde, plantea que la política de contratos públicos *“incide positivamente sobre el resto de las políticas comunitarias.”*, y hace de la transparencia del acceso al mercado una oportunidad para que las PYMES obtengan nuevas zonas de venta, presentando algunas medidas que podrían mejorar la situación. Entre ellas, *“La normativa de contratación pública, que puede contribuir a lograr los objetivos de las políticas social y medioambiental”*, preguntándose la Comisión, *“de qué manera pueden integrarse mejor los aspectos sociales y medioambientales en aplicación de esta normativa.”*

Con reflejo en la política social de la Unión, artículo 3 del vigente tratado CE, recoge en su Capítulo V, *“Contratación pública y aspectos sociales”*, una serie de directrices, en terminología de VILLACRESES, que comprenden situaciones en las que pueden encontrarse los poderes adjudicadores, así:

<sup>245</sup> COMISIÓN EUROPEA. Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, a propuesta del Sr. Monti.

- La posibilidad de que los poderes adjudicadores se vean obligados a introducir aspectos de política social en el momento de la adjudicación de sus contratos, como medio de conseguir objetivos deseados.
- La viabilidad y conveniencia de perseguir los objetivos sociales derivados del Tratado CE y de las Directivas, sin perjuicio de su motivación esencial -libre establecimiento y competencia-.
- Posibilidad de excluir a empresarios condenados por falta de *“moralidad profesional o [...] una falta grave”*
- Imposición, a modo de condición de ejecución, del respeto de obligaciones sociales que fomenten el empleo de mujeres o la protección de categorías de trabajadores desfavorecidas.

Sin embargo, el libro Verde, critica que las directivas no tengan en cuenta esta perspectiva social en dos de las fases del procedimiento, la de verificación de la aptitud de los licitadores y candidatos sobre capacidad económica, financiera y técnica, ni tampoco en los criterios de adjudicación, *“que deben corresponder a las cualidades económicas inherentes a la prestación objeto del contrato”*. Aspecto este último que entronca con esa visión tradicional que hemos venido anticipando sobre la calidad intrínseca de las ofertas, como medio de garantizar la vinculación al objeto del contrato.

Del mismo modo, el documento se refiere al fomento de la defensa del medio ambiente, aclarando las posibilidades de la legislación actual para tener en cuenta las preocupaciones medioambientales en las contrataciones públicas:

- Posibilidad de excluir de los procedimiento de adjudicación a los empresarios que hayan infringido las normas de disposiciones específicas, relacionadas con la preservación del medio ambiente.
- La protección medioambiental puede integrarse en la definición de las prescripciones técnicas de las obras, suministros y servicios, objeto de contratación, como por ejemplo una ecoetiqueta europea.



- Puede integrarse el objetivo de protección medioambiental en los criterios de selección de los licitadores.
- **Se permite la inclusión de criterios de adjudicación de carácter medioambiental, siempre que permitan medir una ventaja económica, propia del objeto del contrato y en beneficio directo del órgano de contratación.** No obstante, relaja la limitación para los contratos inferiores a los umbrales de aplicación de las directivas, en cuyo caso las preferencias medioambientales pueden tenerse en cuenta como criterios de adjudicación, siempre que no sean discriminatorios.
- Puede protegerse el medio ambiente mediante condiciones de ejecución del contrato.

A diferencia de las Directivas, en ese momento vigentes<sup>246</sup> -segunda generación-, el Libro Verde, contempla la posibilidad de dotar de perspectiva social a dos fases del procedimiento excluidas en aquéllas, tales como la acreditación de la capacidad y solvencia y la inclusión de criterios de adjudicación, aunque sobre estos últimos matice que han de permitir medir una ventaja económica, propia del objeto del contrato, esto es vinculado a él, y la obtención de un beneficio directo para el órgano de contratación, manteniendo, por tanto, una distancia considerable con las visiones más recientes de contribución a las políticas sociales y medioambientales de beneficio indirecto o de obtención de beneficios no económicos, como veremos más adelante.

<sup>246</sup> DIRECTIVA 92/50/CEE DEL CONSEJO, de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. DIRECTIVA 93/36/CEE DEL CONSEJO, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. DIRECTIVA 93 / 37/ CEE DEL CONSEJO, de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

#### **4. Evolución de las comunicaciones interpretativas de la Comisión Europea sobre integración de aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública.**

Las Comunicaciones interpretativas, son según GARDEÑES SANTIAGO<sup>247</sup>, *“actos escritos, de alcance general, publicados en el Diario Oficial de las Comunidades [...], en los que la Comisión explica y sistematiza su posición acerca de una cuestión determinada de derecho comunitario, con la intención de ejercer una influencia efectiva sobre el comportamiento de los medios interesados.”* Las que ahora siguen, nos ayudan a entender mejor la evolución de esta contratación socialmente responsable, iniciada con los Tratados, y cuyo máximo exponente son las Directivas de cuarta generación, en las que nos centraremos más adelante, al hilo de analizar las posibilidades de integración de aspectos sociales y medioambientales en las diferentes fases del procedimiento administrativo de la contratación.

La primera Comunicación, de 1998<sup>248</sup>, tras el Libro Verde de 1996, introduce en su apartado 4. *“Alcanzar y consolidar un efecto de sinergia con otras políticas comunitarias”*, una apreciación interesante respecto de la compatibilidad que venimos defendiendo entre la optimización de los fondos públicos y la apreciación de otras características de tipo medioambiental o social, respetando el derecho comunitario. Claro que, al igual que otros instrumentos reguladores o interpretativos, ya vistos, no progresa conceptualmente y no detalla cómo llevar a cabo esa compatibilidad, que se presume, pero que hay que demostrar. Sin embargo, aporta incipientemente, sobre la base de las posibilidades anunciadas por el Libro Verde, las características medioambientales o sociales que pueden tenerse en cuenta según la fase del procedimiento, ya sean la definición de productos y servicios mediante especificaciones técnicas, las normas de exclusión de *“candidatos que violen las normativas nacionales en materia de*

<sup>247</sup> GARDEÑES SANTIAGO, Miguel. Las "Comunicaciones interpretativas de la Comisión concepto y valor normativo", *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 19, Nº 3, 1992, págs. 933-950.

<sup>248</sup> Comunicación de la Comisión la contratación pública en la unión europea Bruselas, 11 de marzo de 1998. COM (98) 143.

*medio ambiente*”, los criterios de selección de candidatos, y los criterios de adjudicación, siempre que impliquen *“una ventaja económica inherente a la prestación objeto del contrato que beneficie de forma directa al organismo comprador.”*, razón por la cual éste puede tener en cuenta el ciclo de vida de los productos.<sup>249</sup>

En general, señala la Comunicación de 1998, ***“[...] el objetivo de la contratación pública es esencialmente económico”***

Respecto de los aspectos sociales, con cita del Tratado de Amsterdam, se plantea como una de sus prioridades *“la eliminación de la desigualdad y la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer en todas las políticas y actividades de la Unión Europea [...]”*, y del mismo modo que con los aspectos medioambientales, recoge una serie de posibilidades que van desde la exclusión de candidatos que violan la legislación social, la consideración como condición de ejecución de los contratos del respeto de obligaciones de carácter social, como por ejemplo la promoción del empleo femenino, o las denominadas *“acciones positivas”*, como por ejemplo *“la constitución de un mercado cautivo para un taller protegido”*.

Llama la atención la diferente consideración en cuanto a las posibilidades de integración de características medioambientales y sociales. Así como en las primeras se recogen, aunque esquemáticas, con una delimitación clara de su integración en las diferentes partes del procedimiento, las segundas aparecen de forma tibia, casi monotemática, se habla de la igualdad entre el hombre y la mujer, y su integración se remite a supuestos de exclusión o prohibición para contratar y al establecimiento de condiciones de ejecución, lejos de su contemplación como criterios de adjudicación. Aunque, como veremos, será una constante, en las Directivas, Comunicaciones, y Jurisprudencia de la época.

<sup>249</sup> *“[...] Un organismo comprador puede, por ejemplo, tener en cuenta los costes de mantenimiento, de tratamiento de residuos o de reciclaje, a la hora de evaluar las ofertas.”*

Poco más tarde, La Comisión Europea se pronuncia en sendas Comunicaciones<sup>250</sup>, en adelante medioambiental y social, sobre las posibilidades de integrar aspectos medioambientales y sociales diciendo que *“de forma general, los poderes adjudicadores, al definir los productos o servicios que desean adquirir, pueden, incluso recurriendo a variantes, optar por bienes, servicios u obras que se ajusten a sus preocupaciones sociales, siempre que esta elección no dé lugar a un acceso restringido al contrato en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros; y también “que los Estados miembros deberían analizar cómo aprovechar mejor la contratación pública para impulsar productos y servicios poco contaminantes [...]»*. Puede decirse que estas Comunicaciones son el precedente más cercano sobre la integración de cláusulas sociales y medioambientales, ya que las Directivas del momento -segunda generación, 1992/1993-, al menos en lo que se refiere a las características sociales, no recogían expresamente la consecución de objetivos de política social en la adjudicación de un contrato público, a diferencia de los aspectos medioambientales, cuyo tratamiento permitía su establecimiento como especificaciones técnicas, criterios de selección o de adjudicación.

Tras su lectura, enseguida se advierte el carácter subordinado de esta contribución de la contratación pública a las políticas medioambientales y sociales respecto del principio de libre competencia, hecho que queda reflejado en la afirmación que contiene la introducción de la *Comunicación medioambiental*, al decir: *“El desarrollo sostenible ofrece a la Unión Europea una visión positiva a largo plazo de una sociedad más próspera y justa y que promete un medio ambiente más limpio, seguro y sano [...]”*. **Para conseguirlo en la práctica es necesario que el crecimiento económico apoye al progreso**

<sup>250</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Bruselas, 15 de octubre de 2001 COM (2001) 566 final. Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, en adelante “Comunicación Social”. La Comisión espera que la comunicación ayude a integrar los aspectos sociales contribuyendo al desarrollo sostenible, concepto que combina el crecimiento económico, el progreso social y el respeto del medio ambiente.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Bruselas, de 4 de julio de 2001 COM (2001) 274 final. Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, en adelante “Comunicación Medioambiental”. Desde un punto de vista metodológico ambas comunicaciones siguen las distintas fases del procedimiento de contratación pública y señalan las posibilidades y modalidades de integración.

***social y respete el medio ambiente, que la política social sustente los resultados económicos y que la política ambiental sea rentable***” (la negrita es nuestra), sin que, como la propia Comunicación aclara, haya contradicción entre crecimiento económico y un nivel aceptable de calidad medioambiental, pues ambos son sinérgicos. También la *Comunicación social*, se refiere a la obligación de “*cumplir las normas y principios generales del Derecho Comunitario, en particular los de la libre circulación de mercancías y servicios [...]*”, lo que no impide a los poderes adjudicadores “[...] optar por bienes, servicios u obras de que se ajusten a sus preocupaciones sociales [...]”, respetando los principios de igualdad y no discriminación.

Las nuevas Comunicaciones siguen lastrando la diferente consideración en cuanto a las posibilidades de integración de características medioambientales y sociales, aunque mantienen un denominador común, el de que los criterios de adjudicación “*han de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio.*”, debiendo estar vinculados al objeto del contrato. En consecuencia, los criterios que no se asocian en la consecución de la oferta económicamente más ventajosa, quedan excluidos por las Directivas del momento.

Las Comunicaciones no niegan la utilización de criterios sociales y medioambientales, pero han de reportar para el poder adjudicador “*una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato*”, considerando que la función de estos criterios es la de evaluar la calidad intrínseca de las ofertas. De todos modos, la propia *Comunicación social* se pregunta si basta con que cada uno de los criterios pueda medirse en términos económicos, aunque estos no sean directos para el poder adjudicador. Cuestión que queda latente, como digo en un trabajo anterior<sup>251</sup> *a la espera del pronunciamiento del TJUE, en el asunto C-513/99, referido a un problema medioambiental, que podría dar respuesta también a los criterios sociales. Como en efecto, así sucedió con la Sentencia Concordia Bus Finland*<sup>252</sup>, que marca un punto de inflexión en la

<sup>251</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé., “Las cláusulas de Responsabilidad social en la Contratación Pública Local”, capítulo 8 del libro *La nueva contratación pública en el ámbito local*. Directora CAMPOS ACUÑA, Concepción, *El Consultor de los Ayuntamientos*. Wolters Kluwer, Ene. 2018. Pág. 326.

<sup>252</sup> Concordia Bus Finland (TJCE 2002, 251), y STJCE de 4 de diciembre de 2004 (EVN AG).

*admisión de cláusulas medioambientales como criterio de adjudicación, con mayores inconvenientes para las sociales, debido a la dificultad de vincularlas al objeto del contrato.”*. Más tarde, la Comisión de las Comunidades Europeas<sup>253</sup>, se pronunciaría sobre los potenciales beneficios de la CPE, expresando que *“una demanda significativa de productos ‘más ecológicos’ por las autoridades públicas creará mercados para los productos y servicios respetuosos con el medio ambiente o ampliará los ya existentes. Con ello ofrecerá también a las empresas un incentivo para desarrollar tecnologías ambientales”*, advirtiendo que los productos ecológicos no son más caros que sus alternativos.

No obstante, también se detectan diferencias entre las mismas. Así las posibilidades de integración en las especificaciones técnicas aparecen mucho más detalladas en la medioambiental, siempre que no se limiten la participación u originen alguna discriminación entre licitadores, recogiendo ejemplos relativos al tipo de materiales básicos, la utilización de procedimientos concretos de producción, o la introducción de etiquetas ecológicas, basadas en el ciclo de vida de los productos; frente a la social, que básicamente se limita a citar requisitos de seguridad de los productos, higiene, protección de la salud o el acceso de las personas con discapacidad a edificios, al transporte público o a ciertos productos y servicios relacionados con las tecnologías de la información.

Por el contrario, la selección de candidatos ofrece en ambos casos similitudes derivadas de la aplicación de las Directivas en cuanto a requisitos de capacidad técnica, económica y financiera, que pueden justificar la elección de licitadores, así como de sus posibilidades de exclusión (falta de pago de cotizaciones, condena por sentencia firme, comisión de falta grave en materia profesional).

Sin embargo, en la fase donde encontramos significativas diferencias es en la de adjudicación. Aunque, como hemos dicho, en ambos casos se refieren a la obtención de la oferta económicamente más ventajosa, siendo la función de los

<sup>253</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Bruselas, de 16 de julio de 2008 COM (2008) 400 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Contratación pública para un medio ambiente mejor.

criterios de adjudicación, la de evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, o el rendimiento comparativo entre las mismas; en la *Comunicación medioambiental* se recogen posibilidades de evaluación de costes originados durante el ciclo de vida de los productos, costes directos de funcionamiento, tales como la electricidad y el agua, los gastos que suponen ahorro en la explotación de los bienes, tales como las inversiones para realizar mejores aislamientos para ahorrar energía, o los costes de mantenimiento y reciclado, incluso las externalidades, entendidas como “*daños o beneficios que no son pagados ni por quien contamina ni por el beneficiario en condiciones normales de mercado.*”, cuando los costes externos se deben a la ejecución del contrato y recaen directamente sobre el poder adjudicador. Por el contrario, la *Comunicación social*, ni siquiera da ejemplos de criterios de adjudicación de carácter social, aunque perfila la posibilidad de entender como tales aquellos que permitan evaluar la calidad de un servicio destinado a personas desfavorecidas.

Es decir, a diferencia de evoluciones posteriores que trataremos, la *Comunicación social* fija su atención, de acuerdo con la exigida vinculación al objeto del contrato, en el carácter objetivo de la prestación, en el interés público que se satisface con el objeto del contrato (carácter intrínseco), y de ningún modo en los factores que intervienen en la producción del mismo, o formas o sistemas productivos medioambiental o socialmente sostenibles y justos. Por lo demás, ambas comunicaciones se refieren a los criterios adicionales y, con cita de la Jurisprudencia europea<sup>254</sup>, contemplan la posibilidad de establecer como criterio de adjudicación el empleo de parados de larga duración, siempre que cumplan con los principios del Derecho comunitario, aunque con un matiz, se condiciona su empleo al enfrentamiento entre dos o más ofertas equivalentes, después de haber llevado a cabo la evaluación económica de las mismas. Beneficio de pobres resultados si tenemos en cuenta que rara vez, en la práctica, se dan supuestos coincidentes en puntuación tras la valoración de criterios

<sup>254</sup> Asunto 31/87: Gebroeders Beentjes -(infra) y Asunto C-225/98: Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa; Sentencia de 26 de septiembre de 2000. Construcción y mantenimiento de edificios escolares en la región Nord-Pas-de-Calais y el Département du Nord (Rec. 2000, I-7445.).

sometidos a juicio de valor y económicos o valorados mediante fórmulas matemáticas.

Por último, en la fase de ejecución del contrato, ambas Comunicaciones contienen suficiente detalle y ejemplos de cómo actuar, debiendo evitarse las que sean especificaciones técnicas, criterios de selección (capacidad económica, financiera y técnica) o criterios de adjudicación encubiertos. Se distingue entre objetivos de carácter social, a alcanzar durante la realización de la prestación, tales como:

- La obligación de dar trabajo a desempleados de larga duración, formación para los jóvenes o los desempleados; adopción de medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, o la diversidad racial o étnica
- Respeto de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional;
- La obligación de contratar a un número de personas con discapacidad superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo.

Y objetivos de carácter medioambiental, tales como:

- *“Entrega y envasado de bienes a granel y no por unidades.*
- *Recuperación o reutilización a cargo del contratista del material de envasado y de los productos usados.*
- *Suministro de bienes en recipientes reutilizables*
- *Recogida, reciclado o reutilización a cargo del contratista de los desechos producidos durante la utilización o consumo de un producto o después.*
- *Transporte y entrega donde tenga lugar la utilización de los productos químicos (por ejemplo, productos de limpieza) concentrados y diluidos.”*

Lejos de este enfoque hacia la calidad intrínseca de la obra, producto o servicio de las Comunicaciones “social y verde” vistas, la Comunicación “Contratación



*pública para un medio ambiente mejor*”, de 2008, se refiere a la influencia que supone para los operadores económicos una “*demanda significativa de productos «más ecológicos» por las autoridades públicas*”, vaticinando la creación de mercados para los productos y servicios respetuosos con el medio ambiente, que no considera más caros que las alternativas no ecológicas, siempre que se tenga en cuenta el CCV del producto y, como venimos manteniendo, se pruebe efectivamente, mediante el correspondiente análisis, que su consideración es más ventajosa para el órgano de contratación.

Esta Comunicación habla de los obstáculos para la implantación de la CPE y, siendo consciente de la escasa sensibilidad sobre los beneficios de los productos y servicios respetuosos con el medio ambiente, persigue como objetivo general orientar sobre la reducción del impacto ambiental causado por el consumo del sector público; siendo su objetivo específico aportar soluciones para establecer criterios comunes de CPE, informar sobre el coste de los productos durante su ciclo de vida, orientar sobre operativa jurídica, y apoyar políticamente sobre la base de indicadores y seguimiento futuro. El planteamiento común es considerar la contratación pública como proceso<sup>255</sup> y, aprovechar su influencia para transmitir al mercado una señal importante, a través de las especificaciones técnicas mínimas y criterios de adjudicación ecológicos, cuya ponderación en este caso se situaría en torno al 15% del conjunto de los criterios de adjudicación.

Desde otro punto de vista, el de la profesionalización de los compradores públicos para una aplicación eficaz de la contratación pública, la Comunicación “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa<sup>256</sup>”, al referirse a que las posibilidades de contratación estratégica no se utilizan suficientemente, nos aporta un dato importante, como es que el 55 % de los procedimientos de contratación siguen utilizando el precio más bajo como único

<sup>255</sup> COM(2008), “Contratación pública para un medio ambiente mejor”, pág. 5 de la Comunicación: “*un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar*”.

<sup>256</sup> COM (2017) 572 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Estrasburgo, 3.10.2017. Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa.

criterio de adjudicación, desaprovechando un enfoque basado en la *“relación coste-eficacia, que puede incluir criterios sociales, medioambientales, innovadores, de accesibilidad y otros criterios cualitativos [...]”*.

Sin embargo, estas Comunicaciones más recientes no establecen con claridad - tampoco parece que fuera su objeto-, un enfoque para la apreciación de los aspectos cualitativos de las ofertas, recogiendo aspectos complementarios de tipo teleológico o profesionalizantes, necesarios para la introducción de una compra responsable y estratégica, pero lejos de discernir entre la variante intrínseca u operativa, relacionada con la misma “substancia” del objeto del contrato, como hacen las Comunicaciones de 2001, *social y medioambiental*, y la variante finalista, capaz de tener en cuenta beneficios indirectos para el órgano de contratación, conectados con políticas sociales y medioambientales, que no necesariamente aporten una ventaja económica, como veremos en el siguiente apartado.

## **5. La evaluación de la calidad intrínseca de las ofertas**

En el apartado anterior hemos visto suficientes muestras de la apreciación de la calidad intrínseca del objeto del contrato como elemento causal de la naturaleza de los criterios de adjudicación, apartándose las normas interpretativas de todo aquello que no estuviera vinculado a este aspecto propio, interno, consustancial y predicable de la prestación tal y como la define su objeto, lejos todavía, como también se ha dicho, de otras apreciaciones externas, que no ajenas, a aquélla prestación, como son los aspectos sociales y medioambientales relacionados con los factores que intervienen en la producción, comercialización o ejecución de la obra, o con diferentes sistemas productivos relativos al *modus operandi*, esto es, con formas medioambiental y socialmente sostenibles y justas.

Como ya hemos adelantado en el Capítulo III, apartado 3.1., la calidad se define en la norma ISO 9000:2015, *“como el grado en el que un conjunto de características inherentes de un objeto cumple con los requisitos (necesidad o expectativa establecida, generalmente implícita u obligatoria)”*, viniendo

caracterizada no solo por su color, textura, apariencia, brillo, etc., todos ellos elementos inherentes a su ser, que lo definen tal cual es, sino además, como añade a continuación la norma, en su apartado 2.2.1., *“por la capacidad para satisfacer a los clientes, y por el impacto previsto y el no previsto sobre las partes interesadas pertinentes”*. Es decir, se trasciende de lo intrínseco, de lo inherente, o de la adecuación a unas características dadas, propiedades clásicas de la calidad de un producto, según encontramos en la definición del término en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, para colocarnos en un plano superior, teleológico y de satisfacción, en el que la apreciación funcional de la obra, suministro o servicio, no es suficiente, si no va acompañada del beneficio que produce la ejecución de la misma en su receptor, comúnmente ciudadano, vecino o grupo de interés.

Algo así, absolviendo el paralelismo, podemos encontrar entre el origen de la limitada consideración de los aspectos sociales en las Comunicaciones interpretativas, incluso en las Directivas de 2004, y las de última generación, dictadas en 2014, en las que se trasciende del enfoque cerrado, casi excluyente, inherente al objeto del contrato, como es la satisfacción de exigencias sociales propias de los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, que contenía el considerando 46 de aquella y el artículo 150 del TRLCSP, a otro más amplio en el que cabe el citado enfoque de vinculación cerrada al objeto del contrato, más la promoción de políticas solo indirectamente vinculadas al mismo, orientadas a finalidades de integración social o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, el fomento de la contratación femenina, la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, la mejora de las condiciones sustanciales de trabajo, la protección de la salud y seguridad, la formación, etc., favorecedoras todas ellas de la calidad prestacional que incorpora dicho objeto.

La doctrina administrativa emanada de la Junta Consultiva de Contratación del Estado sintetiza bien este aspecto intrínseco tratado en las Comunicaciones Interpretativas. Así, el Informe 31/03, sobre el *“Proyecto de orden por la que se dictan instrucciones a los órganos de contratación sobre los requisitos y criterios*

*medioambientales que habrán de introducirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares” dice que “la función de los criterios de adjudicación es, por lo tanto evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone que deben tener relación directa con el objeto del contrato”.*

El Órgano Consultivo reconoce que los aspectos medioambientales no se mencionan explícitamente en la vigente legislación de contratos públicos, sin embargo, se refiere al precepto relativo a los criterios de adjudicación diciendo que *“debe interpretarse de modo que los aspectos medioambientales resulten en la definición de criterios de adjudicación específicos”*. Y a continuación, añade, *“que un producto «sea» respetuoso con la naturaleza sin más precisiones no es, en cuanto tal, cuantificable y no aporta necesariamente una ventaja económica para los poderes adjudicadores”*. No obstante, aprovecha este carácter conforme o respetuoso con el medio ambiente para traducirlo a criterios concretos, relacionados con el producto y *“cuantificables desde el punto de vista económico, por ejemplo, exigiendo una determinada tasa de consumo de electricidad”*. Por lo tanto, concluye la Junta Consultiva, *“los aspectos medioambientales relacionados con un producto o servicio estarán en pie de igualdad de las características funcionales y estéticas, que son criterios que se enumeran explícitamente en las directivas de contratos públicos, a la hora de medir el valor económico”*.

En un sentido similar, el Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, ha destacado que la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora: *“la función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato”*.

Y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 6/2014, de 3 de febrero, señala: *«la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las*

*necesidades de la entidad adjudicadora. Su función consiste, por tanto, en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo que supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl; y el Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón)».*

También el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución 46/2016, se ha pronunciado al respecto, diciendo “*que deben ser criterios objetivos relacionados directa y exclusivamente con las características de la oferta y con las cualidades intrínsecas de un servicio (Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, Reino de España contra Comisión Europea).*”

GALLEGO CÓRCOLES<sup>257</sup>, se pregunta “*¿en qué consiste la vinculación de la cláusula con el objeto del contrato?*”, y con cita en la relevante sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012, Comisión c. Países Bajos, as. C-368/10, que analiza la compatibilidad con el Derecho Europeo de la exigencia de una etiqueta ecológica y otra del comercio justo, en el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro de té y café licitado por una provincia holandesa, se hace eco de la interpretación que introduce la sentencia, superando la concepción más estricta de la vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato, admitiendo que “[...] *los poderes adjudicadores pueden elegir criterios de adjudicación basados en consideraciones de carácter social que se refieren a personas distintas de los usuarios de las obras, suministros y servicios objeto del contrato.*” Y ello, pese a que el considerando núm. 46 de la Directiva 2004/18/CE se refería a que “*el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias*

<sup>257</sup> GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. Cap. Tercero, del libro *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. Belén GARCÍA ROMERO y María M. PARDO LÓPEZ, Directoras, THOMSON REUTERS ARANZADI, 2017.

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

*sociales que, en particular, respondan a necesidades -definidas en las especificaciones del contrato- propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios objeto del contrato”.*

La Sentencia en su apartado núm. 91 afirma que: *“como se desprende del punto 110 de las conclusiones de la Abogado General<sup>258</sup>, no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste [...]”*. De este modo, apunta la profesora GALLEGO CÓRCOLES, *“aunque materialmente no se haya incorporado al producto, las condiciones mediante las que fue éste comercializado tienen para el Tribunal una clara y específica relación con el objeto del contrato”*.

Dicho de un modo muy gráfico, por la Abogado General Sra. Juliane Kokott (punto 110 de las Conclusiones): ***“Aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social.”*** (la negrita es nuestra)

En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP), en sus Resoluciones núms. 16 y 84/2016 que, sobre la base del considerando núm. 91 de la Sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012 citada, se basa en el ya acuñado como paradigmático criterio de adjudicación, que no se asocia a una característica intrínseca de un producto, sino al hecho de que éste proceda, por ejemplo, del comercio justo. En ambos supuestos se pedía la anulación de la cláusula del PCAP, que incorporaba el compromiso de aplicar durante la vigencia del contrato el Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad vigente, asignándose diferentes puntos de los previstos para criterios cualitativos, a lo que el Tribunal se opone

<sup>258</sup> Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 15 de diciembre de 2011 (1) Asunto C-368/10. Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos.

desestimando el recurso especial presentado, al considerar que en este tipo de contratos, donde el coste más relevante es la mano de obra, no supone trato discriminatorio para ninguna empresa la introducción de una cláusula de este tipo, puesto que aquéllas tendrán la posibilidad de optar entre buscar una oferta económica más barata o el cumplimiento de los criterios sociales obteniendo las puntuaciones previstas en el Pliego. En consecuencia, *“una puntuación compensa a la otra, dependiendo de la estrategia empresarial que se opte, por un apartado o el otro”*<sup>259</sup>.

Sin embargo, los argumentos desarrollados por el TACP, carecieron de entidad y virtualidad suficientes para la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid<sup>260</sup>, que ante la impugnación de la Resolución 16/2016 del TACP, mantiene que *“el criterio controvertido [...] supone una manifiesta e indebida injerencia en el ámbito de la regulación salarial de los trabajadores, que ha de quedar excluido de los criterios de valoración de ofertas a efectos de la adjudicación de un contrato por cuanto que si la empresa cumple con los parámetros retributivos establecidos correspondientes a sus trabajadores, no hay razón objetiva para primar la aplicación de una u otra regulación de salarios, máxime cuando, como invoca la parte hoy recurrente, los artículos 84.1 y 2 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores avalan la posibilidad de sustituir los convenios colectivos nacionales por convenios de empresas [...]”*

Por tanto, sin perjuicio de lo que luego se dirá respecto de la difícil vinculación de algunos criterios sociales con el objeto del contrato, y de la polarización de la doctrina administrativa, a favor y en contra de la preponderancia de la evaluación intrínseca de la oferta, ciertamente esta inclinación primigenia de la Comisión Europea en la interpretación de las posibilidades de inclusión de cláusulas sociales y medioambientales es acorde con una visión clásica y limitada de la

<sup>259</sup> El Tribunal no niega el carácter intangible de los derechos de los trabajadores al ámbito de la contratación pública, entre ellos el de negociación colectiva, pero entiende: *“[...] que en este supuesto no se están regulando las condiciones laborales de los trabajadores de la futura adjudicataria, ni estableciendo una obligación de carácter general para los licitadores, sino que lo que hace el Pliego es primar con determinada puntuación, el pago de los salarios establecidos en el convenio estatal, correspondiendo la opción al licitador.”*

<sup>260</sup> Sentencia TSJM 220/2017, de 7 de junio de 2017. (Roj: STSJ M 6070/2017-ECLI: ES:TSJM:2017:6070)

finalidad del procedimiento administrativo público para la provisión de bienes y servicios de las Administraciones Públicas, basado en una economía de medios, acorde a unos principios también tradicionales de carácter garantista - contratación legal y oportuna-, lejos de otras finalidades que el legislador, sobre todo europeo, ha querido imprimir en las Directivas de 2004 y 2014, creando un instrumento de fácil intervención en los ámbitos social, medioambiental y económico, dado su impacto en la ejecución de una parte importante del gasto público, que supone aproximadamente un 16% del PIB, a nivel europeo.

Podemos, una vez más, cuestionarnos lo que es paradigma de este estudio, si también a este nivel macro, es más racional y conveniente estrechar la visión de la contratación pública, reduciéndola a un elemento, que es clave, como es la obtención de la mayor ventaja en lo económico, como por cierto, siguen manteniendo la Directiva 2014/24 UE, en sus considerandos núms. 90, 92, 96, y arts. 56, 67, 76, especialmente el 67, que referido a que los poderes adjudicadores, dice: *“aplicarán, para adjudicar los contratos públicos, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa”*, e incluso la LCSP 2017, en su artículo primero; dejando, en consecuencia, los instrumentos de intervención en la sociedad y en la economía para políticas activas de fomento del empleo, mejora de las condiciones de trabajo, o de la reducción de impactos en el medio ambiente, que causa una sociedad consumista y poco concienciada con los costes de separación y reciclado o reutilización de los bienes de consumo; o por el contrario, podemos pensar en la contribución de la contratación pública a la realización de fines superiores como el bien común, complementando las políticas de fomento existentes, produciendo una mayor eficiencia en el gasto público en su conjunto, sean cuales fueren sus canales, por su efecto multiplicador e influyente en la cadena cliente-proveedor, en la secuencia completa hasta llegar usuario de los servicios públicos.

Ambos escenarios, el de las políticas activas puras sectoriales y el de su refuerzo a través de la contratación pública, son productores de ahorro y gasto al mismo tiempo. ¿Pero cuál representa la ecuación más rentable?, pues como ya se ha avanzado en el Capítulo II, apartado 4.2., se trata de conocer si las acciones a



emprender resultan oportunas, pertinentes, viables, eficaces y eficientes, sobre la base de un proceso previo de medición en el que se habrán previsto los correspondientes indicadores y valores de referencia. Solo de este modo, se podrán tomar decisiones informadas, ponderando los intereses en juego, para la mejor utilización de los recursos públicos, ya que los servicios tampoco pueden prestarse a cualquier precio. De nuevo, traigo a colación aquella aseveración de que lo social es bueno per se, pero esto puede conseguirse por diversas vías, por separado o conjuntamente, que el complejo normativo de la contratación pública no determina.

En los próximos apartados trataremos de acercarnos a esta cuestión al analizar la vinculación al objeto del contrato de algunos criterios sociales que, a la vista de la reciente doctrina administrativa, presentan dificultades de encaje. Ello nos servirá igualmente para delimitar el concreto alcance de las características sociales y medioambientales como contribuyentes de políticas activas.

## **6. El considerando núm. 46 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo y su incidencia en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Las personas desfavorecidas como usuarios o como prestadores de las obras, suministros o servicios por cuenta del contratista.**

Con la Directiva 2004/18/CE<sup>261</sup>, perteneciente a lo que denominamos tercera generación de directivas de contratación, comienza a hablarse, con cierta

<sup>261</sup> Directiva 2004/18/ce del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicio. En el texto, según recojo en “Las cláusulas de Responsabilidad social en la Contratación Pública Local”, se contemplan programas de talleres y empleos protegidos y la posibilidad de reservarles el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación (C-28), prescripciones técnicas de carácter medioambiental (C-29), la inclusión de determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos, como los que se refieren al cumplimiento de las exigencias medioambientales o los destinados a satisfacer exigencias sociales, tal y como se definan en las especificaciones del contrato y, en el caso de estas últimas, «propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato». (C-46). Son consideraciones que se ven plasmadas en el contenido regulador de la Directiva, a través de sus artículos: 19 “Contratos Reservados”, 23 “Especificaciones técnicas”, 26 “Condiciones de

entidad, de criterios sociales y medioambientales, siempre que, como aprecia su considerando núm. 1, que es fruto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>262</sup>, “[...] dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2”, esto es, libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento, libre prestación de servicios, y otros derivados, tales como igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

Su considerando núm. 46, configurador de los criterios de adjudicación, que han de basarse, dice, en criterios objetivos, concretamente dos, el precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa, “que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva.”; prevé en el párrafo cuarto que “determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos, como los que se refieren al cumplimiento de las exigencias medioambientales, podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal y como se definieron en las especificaciones del contrato.”. A continuación, en el mismo párrafo, añade “En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por **criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades –definidas en las especificaciones del contrato— propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato.**” (La negrita es nuestra)

El considerando tiene una importante trascendencia, y materializa esa dialéctica a la que se refiere ROMEO entre el principio de la libre competencia y la

ejecución del contrato” y 53 “Criterios de adjudicación del contrato”, si bien la relación no exhaustiva de este último omite la referencia a exigencias sociales.

<sup>262</sup> Beentjes (As. C-31/87), Concordia Bus Finland (As. C-513/99), Wienstrom GMBH (As. C-448/2001). Jurisprudencia en la que se detecta, como dice ROMEO RUIZ, A. en “Las cláusulas sociales en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público ...”, una “*paulatina asunción de la introducción de criterios sociales y ambientales en la contratación pública, marcada por una clara dialéctica entre el principio de la libre competencia y la contratación socialmente responsable [...]*”.

contratación socialmente responsable, aunque, como hemos dicho, todavía muy incipiente, puesto que la necesidad de vinculación al objeto del contrato, marcada por la jurisprudencia, alumbró un tímido aprovechamiento de las características sociales y medioambientales, ya que solo las refiere relacionadas con el “*público afectado*” al que va dirigida la prestación, según se define en las prescripciones técnicas del contrato o, como se enuncia respecto de las exigencias sociales, “*propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios [...]*” .

Este último inciso del considerando núm. 46, que accede, vía transposición a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP 2007) y, posteriormente al TRLCSP, artículo 150, ha mantenido dividida a la doctrina<sup>263</sup> y, a veces, a la jurisprudencia del TJUE, sobre la vinculación entre las necesidades sociales y el objeto del contrato, de modo que “*una parte*<sup>264</sup> *ha considerado que los criterios sociales tales como: igualdad de género (planes de igualdad, subrepresentación de la mujer, conciliación de la vida personal, familiar*

<sup>263</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “Las cláusulas de Responsabilidad social en la Contratación Pública Local”.

<sup>264</sup> Resolución núm. 46/2016, de 18 de febrero de 2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARC Junta de Andalucía). Sobre un criterio de valoración recurrido, consistente en que las empresas estén participadas mayoritariamente por sus trabajadores y, por otra, que las diferencias salariales no superen dos veces el mayor salario con respecto al menor, se pronuncia diciendo: «*no podemos sino concluir que lo que se está valorando son características de las propias empresas, las cuales no pueden funcionar como criterios de adjudicación, pues no están directamente vinculadas al objeto del contrato [...]*». Sobre la vinculación entre necesidades sociales y objeto del contrato, véanse los Informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, núms. 53/2008, 3/2009, 12/2011, en el primero de los cuales, con cita del artículo 134.1 de la LCSP 2007, dice: “*este supuesto no abarca cualquier consideración de carácter social sino solo aquellos contratos en que las prestaciones a contratar vayan destinadas a categorías de población especialmente desfavorecidas. En tales casos podrán establecerse criterios de adjudicación que tengan relación con las necesidades sociales cuya satisfacción constituya el objeto del contrato [...]*” y añade a continuación “*pero evidentemente no puede considerarse como el criterio social que permite valorar para la adjudicación a la oferta económicamente más favorable para el órgano de contratación la utilización de un determinado número o porcentaje de trabajadores con discapacidad.*”. La Resolución 45/2016 del TACPN, que excluye como criterios de adjudicación aquellos que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que van vinculados a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato. El Informe 14/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que considera que los aspectos sociales son difíciles de vincular al objeto del contrato, no siendo posible en general, incluirlos en los criterios de adjudicación del contrato, «*pues se exige una vinculación entre el criterio y la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar. Situación que se da en pocos supuestos*».

*y laboral), empleo de personas en situación de exclusión social, acciones formativas sobre medidas de seguridad y salud, estabilidad en el empleo (mejora de las condiciones de trabajo, salario), discapacidad, comercio justo, etc.; si no se refieren a los usuarios o beneficiarios de la obra, servicio o suministro a contratar, sino que van dirigidos al personal de la empresa contratista, con independencia de cuál sea el objeto del contrato, habría de entenderse que no están relacionados con el mismo y, por tanto, incumplirían el artículo 150 del TRLCSP.*

*Otra parte de la doctrina<sup>265</sup>, entiende que la enumeración de criterios recogidos en este precepto no es exhaustiva, sino de carácter ejemplificativo, siendo posible la inclusión de otros criterios sociales, siempre que se acomoden al derecho comunitario, esto es, que estén relacionados con el objeto del contrato, se observen los principios de no discriminación, libertad de prestación de servicios y de libre establecimiento, no confieran una libertad de elección ilimitada, se puedan verificar para demostrar una aplicación objetiva, y se contengan en el anuncio de licitación, entendiéndose que no es necesario que cada criterio de adjudicación ofrezca una ventaja económica para el órgano de contratación, como había recordado la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012.*

<sup>265</sup> Véase VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “Promoción de la igualdad de género a través de la Contratación Pública”, págs. 329–368, del libro *Contratación Pública Estratégica*, Dir. PERNAS GARCÍA, José J., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2013. También el Acuerdo del Tribunal Administrativo de contratación pública de la Comunidad de Madrid (TACP), Resolución núm. 16/2016, de 3 de febrero de 2016, en la que en referencia al artículo 150 TRLCSP, dice: «Los criterios a que alude la Ley en el artículo citado, contemplan también la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, además de la rentabilidad, el valor técnico, etc., pero estos criterios sociales, como se desprende de la literalidad del precepto son cualidades de la prestación dirigida a los destinatarios de la misma, no como en el caso del pliego sometido a este Recurso, a los empleados de las prestadoras del servicio». GONZÁLEZ GARCÍA, Julio, durante su ponencia en el marco de las Jornadas “Nuevos Escenarios de Contratación Pública”, celebradas en Zaragoza los días 2 y 3 de mayo de 2017, se refiere al problema de la vinculación al objeto del contrato, y señala como paradoja que “la doctrina y la jurisprudencia admiten la inclusión de criterios medioambientales sin problema, y se admite la inclusión de cuestiones sociales como ejecución del contrato, no como criterio de valoración”.

Y es que, como dice VÁLCARCEL, *“la redacción del precepto en este punto podría ser más afortunada, por cuanto la actual puede dar lugar a interpretaciones restrictivas, equivocadas e innecesarias.”*

Esta polarización que comentamos surge de la consideración, preponderante para unos, de la oferta económicamente más ventajosa, valorando la calidad intrínseca de la misma, inherente al objeto del contrato, y para otros de características o aspectos que, aunque no guardan una relación directa con el objeto del contrato, se asocian bien al mismo cuando se considera en sentido amplio, cuando persigue la obtención de beneficios sociales y medioambientales en los que la contratación pública, como herramienta, juega un papel impulsor o inductor. Así, como el TARC de la Junta de Andalucía, en la Resolución núm. 46/2016, recordemos que considera que los criterios de adjudicación deben ser objetivos y referidos a las cualidades intrínsecas del servicio, el TACP de la Comunidad de Madrid, niega que todo criterio de adjudicación haya de referirse necesariamente a una característica intrínseca de un producto, entendiéndose que nada se opone a que el mismo proceda del comercio justo.

De nuevo, volvemos al debate de la mayor rentabilidad, del mayor rendimiento o del mayor impacto con la utilización más racional de los fondos públicos, aquella que se orienta a la satisfacción de necesidades públicas del modo más eficiente. Aunque parece claro que la Directiva de 2004, presenta un tímido acercamiento a lo social, y algo más a lo medioambiental, fijando una importante inflexión, casi desconocida hasta el momento, y que algunos autores como VÁLCARCEL, pese a la redacción desafortunada del artículo 134.1 de la LCSP 2007 y posterior 150 del TRLCSP, derivados del considerando núm. 46 de la Directiva que comentamos; considera que *“nada obsta a que el órgano de contratación fije en el pliego cualesquiera criterios de carácter social, de género, que se acomoden a las pautas exigidas por el Derecho comunitario.”*; se producen grandes dificultades de aplicación, especialmente de aspectos sociales introducidos como criterios de adjudicación, cuya validez se pone en entredicho, como se ha señalado, debido a esa vocación externa y hacia los usuarios, desfavorecidos o vulnerables a los que va dirigida la prestación, en contraposición de aspectos

más internos, solo indirectamente relacionados con el objeto del contrato, tal como la calidad en el empleo de las personas al servicio de la empresa adjudicataria, consideradas como factores que intervienen, en la producción, prestación o comercialización.

El debate, situado en la época de aplicación de las normas de transposición de la Directiva de 2004, LCSP 2007 y TRLCSP, debería haber buscado un equilibrio entre lo social y la competencia, asegurando la ecuación, entre eficiencia y obtención de beneficios sociales indirectos, no a cualquier precio, como mantenemos, sino el de aquél que se relaciona con la mejor calidad, y la máxima ventaja social y medioambiental. Pero, para ello es preciso estudiar la problemática que presenta la vinculación entre los criterios de adjudicación social y el objeto del contrato, fuente de las continuas discrepancias de la doctrina, que se han puesto de manifiesto y que llegan hasta nuestros días.

## **7. La Estrategia Europa 2020. Prioridades y objetivos.**

Dice el prefacio de la denominada Estrategia Europa 2020<sup>266</sup> que se trata de “*crear más empleo y lograr una vida mejor*”. La Comisión Europea propone para la UE cinco objetivos: el empleo, la investigación y la innovación, el cambio climático y la energía, la educación y la lucha contra la pobreza. Para alcanzarlos propone la utilización de herramientas que den forma a la nueva gobernanza económica y, entre ellas, la contratación pública para la utilización eficaz de los recursos con pocas emisiones de carbono.

Para su consecución, deben establecerse tres prioridades: crecimiento inteligente, que nos habla de una economía basada en el conocimiento y la innovación; crecimiento sostenible, referido a una economía que utiliza eficazmente los recursos, verde y competitiva; y crecimiento integrador, derivado de un alto nivel de empleo que promueva la cohesión económica, social y

<sup>266</sup> Estrategia EUROPA 2020. “Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.

territorial. Las tres prioridades constituyen la imagen de la denominada economía social de mercado en la Europa del siglo XXI.

Es la Directiva de Contratación Pública, 2014/24/UE, la que en su Considerando núm. 2, nos dice que *“La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, [...] como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos [...] facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (pymes) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.”*

Este papel clave asignado a la contratación pública para la consecución de los objetivos de la Estrategia 2020, vuelve a aparecer en la Directiva al referirse a la investigación e innovación, incluidas la ecológica y social, en el Considerando núm. 47, como herramienta para fomentar la innovación, ya que ésta incide en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos. Con la innovación se generan nuevas ideas que, más allá de su primera plasmación en un boceto o en un prototipo, tras su fabricación en serie, se fomenta un crecimiento económico sostenible.

La Directiva reconoce que la contratación pública es crucial para impulsar la innovación y, por ende, para el crecimiento de Europa, sin embargo, ante las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados, no impone el establecimiento de unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación de carácter general y obligatorio, lo que tanto en la Directiva como en las leyes de transposición, nos lleva a la confección de listados no exhaustivos, y sí ejemplificativos, de las posibilidades de inclusión de aspectos, consideraciones o características de carácter social, medioambiental y de innovación que, respetando la vinculación al objeto del contrato, sirven, como criterios de selección, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución, para obtener las prioridades programadas

en torno a la generación de empleo, y la preservación del medio ambiente, bajo el común denominador de la innovación asociada a la eficiencia en la utilización de los recursos públicos.

## 8. La agenda 2030 para el desarrollo sostenible

La Asamblea General de la O.N.U. aprobó, el 25 de septiembre de 2015, el documento titulado “La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. La Agenda, como declara su preámbulo, *“es un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad”*, y asocia el desarrollo sostenible a la erradicación de la pobreza en todas sus formas. Según declara, pretende hacer realidad los derechos humanos y alcanzar la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas. Los objetivos y metas que se pretenden imbrican las tres dimensiones del desarrollo sostenible, esto es, económica, social y ambiental. Entre ellos, por lo que a este estudio interesa, merecen destacarse los siguientes:

*“Objetivo 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo*

*Objetivo 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible*

*Objetivo 5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas*

*Objetivo 6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos*

*Objetivo 7. Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos*

*Objetivo 8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos*

*Objetivo 9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización*

*Objetivo 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles*

*Objetivo 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos*

*Objetivo 14. Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible*



*Objetivo 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad”*

Los medios para implementar estos objetivos incluyen la movilización de recursos financieros y la transferencia de tecnologías ecológicamente racionales, en condiciones favorables. El documento insta a todos los integrantes del sector privado, desde las microempresas y las cooperativas, hasta las multinacionales.

La Agenda, no se apoya en la contratación pública como herramienta para conseguir los citados objetivos; es mucho más generalista, su vocación es la de realizar declaraciones solemnes, fijar principios, objetivos y metas en el largo plazo, el que lleva hasta el año 2030; pero tiene el valor de orientación consensuada de principios del desarrollo humano, tales como los derechos humanos, la igualdad de género, la promoción de una cultura de paz y no violencia, y la contribución de la cultura al desarrollo sostenible.

Y a nosotros nos sirve al propósito de delimitar, incluso de interpretar correctamente el alcance, no exhaustivo, de la inclusión de aspectos o características sociales y medioambientales en los contratos que contienen los artículos, 67 de la Directiva 2014/24 y 145.2 de la LCSP 2017.

## **9. El nuevo paquete de Directivas de 2014. En especial la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública.**

Ya nos hemos referido, con anterioridad, y en varias ocasiones, al papel clave de la contratación pública como estrategia para conseguir la innovación de productos y servicios, la preservación del medio ambiente o la estimulación de las buenas prácticas sociales que mejoran la calidad de servicio y de vida de los trabajadores por cuenta de las empresas contratistas y de los ciudadanos en general, especialmente de los más vulnerables. También que esta visión

estratégica<sup>267</sup> se favorece con la participación de las pequeñas empresas y otras que integran la economía social, resultando de todo ello unos beneficios sociales<sup>268</sup> que no son inequívocos, sino que, junto a una mayor eficiencia en el uso de los fondos públicos son susceptibles de demostración.

La Estrategia 2020 nos indica que con ese fin debían revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública derivadas de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo. Se trataba, igualmente, de aclarar nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica y de incorporar la corriente interpretativa derivada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativa a la contratación pública<sup>269</sup>.

La llamada cuarta generación de Directivas de 2014, de 26 de febrero, constituida por las correspondientes a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/23/UE, de contratación pública, 2014/24/UE, y de sectores especiales, 2014/25/UE<sup>270</sup>; pretenden conseguir, en palabras de FONDEVILA ANTOLÍN<sup>271</sup>

<sup>267</sup> Según MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José M., “Avanzando en contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación”, La Administración al día, INAP, 23/07/2015. Se trata, dice el autor, de “implementar con la contratación pública las políticas públicas en esas áreas que se consideran esenciales para el progreso de la Unión Europea”. Véase: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505081>

<sup>268</sup> La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Contratación Pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, recoge en su Considerado núm. 2 esta misma estrategia, que le sirve de motivación para la revisión y modernización de las normas vigentes en materia de contratación pública, a fin de incrementar la eficiencia del gasto público y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Y la exposición de motivos de la LCSP 2017 lo refiere así: “conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia”.

<sup>269</sup> GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>, en “Compra pública estratégica”, págs. 45-76, del libro *Contratación Pública Estratégica*, Dir. PERNAS GARCÍA, José J., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2013, nos dice que la propuesta de nuevas Directivas “se basa en un planteamiento de capacitación consistente en proporcionar a los poderes adjudicadores los instrumentos necesarios para contribuir a la realización de los objetivos estratégicos de Europa 2020 -lo que acredita la vinculación de la contratación pública a otras políticas sectoriales- utilizando la capacidad de compra para adquirir bienes y servicios que promuevan la innovación, el respeto del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático [...]”

<sup>270</sup> Transpuesta recientemente mediante R.D.Ley 3/2020, de 4 de febrero, y tramitada en la actualidad como proyecto de Ley.

<sup>271</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge, “La Seguridad de la información en los Pliegos de cláusulas Administrativas y Técnicas reguladoras de los procesos de licitación: Buenas Prácticas (1)”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1/2017, de 15 de enero. El autor hace una breve aproximación al alcance de la reforma comunitaria examinando los principios que informan la

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

“un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas públicas, y la consecución de los objetivos de la estrategia Europa 2020.”.

El profesor GIMENO FELIU<sup>272</sup>, reconociendo que el objetivo principal de la reforma es garantizar la eficiencia de los fondos públicos, y considerando el instrumento de la transparencia como principio a garantizar, nos precisa lo que ya es un paradigma de la misma, *“que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino [...] herramienta al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines o sus políticas públicas.”*

Destaquemos ahora alguno de los rasgos que caracterizan la Directiva de Contratación Pública –directiva clásica en palabras de MORENO MOLINA- en su aspecto estratégico e instrumental del que queremos hacernos valer para conseguir los beneficios sociales, ambientales y de innovación a los que nos venimos refiriendo. Estos objetivos, según el profesor MORENO MOLINA<sup>273</sup>, *“son la clave de la visión estratégica de los contratos que plantean las normas europeas, que proponen superar el tradicional enfoque burocrático en la materia.”*

Ateniéndonos a ese objetivo principal de la reforma que dice GIMENO, la eficiencia en la más óptima utilización de los fondos públicos, siempre limitados, tiene sus propias causas y efectos en el ámbito de la Directiva. La revisión de las normas vigentes en la época -Directivas 2004/17 y 18 del Parlamento y del

reforma, considerando, en especial, la eficiencia en el uso y destino de los fondos públicos, la transparencia, y la integridad. Pág. 1.

<sup>272</sup> GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>, “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, núm. 159/2013. Comenta el autor que *“esta visión instrumental de la contratación pública nos conduce, como bien indica T.MEDINA, a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato (MEDINA, T., “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Cizur Menor, 2011, págs. 43 a 94.*

<sup>273</sup> MORENO MOLINA, José Antonio, *Hacia una compra pública responsable y sostenible, Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*. Monografías Tirant lo Blanch, Primera edición 2018, págs. 19 y ss.

Consejo-, se erige así en la causa que precipita el efecto de un incremento en la eficiencia del gasto público. Entre la causa y el efecto se encuentran los medios y herramientas para conseguirlo (Considerando núm. 2), así, la participación de las PYMES y la utilización de la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, entendidos en sentido amplio, tales como la mejora de la calidad de vida de las personas más vulnerables, el cuidado del medio ambiente y la innovación pública en la adquisición de bienes, obras y servicios, como principal motor de crecimiento económico sostenible (Considerando núm. 47).

El legislador comunitario es consciente del potencial de la Directiva para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020, desempeñando el papel que le corresponde (Considerando núm. 123)<sup>274</sup>, pero es prudente respecto de las posibilidades de imponer a la contratación unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación, de carácter general y obligatorio, dadas las diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados (Considerando núm. 95)<sup>275</sup>. La Directiva, apela a tener en cuenta el ciclo de vida de las obras, suministros o servicios, para obtener la oferta económicamente más ventajosa y el coste más bajo (Considerando núm. 96).

En definitiva, la nueva generación de directivas de contratación pública, aprobadas en 2014, aportan un marco regulatorio más flexible, simplificación de procedimientos y mejora en el acceso de las PYMES. Su objetivo global es *“obtener una mejor relación calidad-precio para el dinero público, proporcionar*

<sup>274</sup> PINTOS SANTIAGO, Jaime, “El derecho de la contratación pública de la Unión Europea”, capítulo I del libro *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Directora Concepción Campos Acuña, El Consultor de los Ayuntamientos. Wolters Kluwer, Enero 2018, págs. 49-83. El autor destaca el uso estratégico de la contratación pública, el impulso del acceso a las PYME, el reforzamiento de la contratación agregada y la contratación electrónica.

<sup>275</sup> Aspecto éste no considerado en la normativa española de transposición, LCSP 2017, artículo 202, que establece la obligatoria consideración de al menos una condición especial de ejecución que tenga en cuenta consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social; lo que de suyo implica un importante impulso para la introducción de la contratación socialmente responsable pues, como luego se dirá, no son pocas las Administraciones que únicamente incluyen cláusulas de beneficios sociales en la fase de ejecución del contrato, como condiciones especiales de ejecución.

*mejores resultados para los objetivos sociales y de otras políticas públicas, al tiempo que se aumenta la eficiencia del gasto público.<sup>276</sup>*”

Sin embargo, la Comisión Europea, crítica en esta última Comunicación la infrutilización de un enfoque basado en la relación coste-eficacia que puede incluir criterios sociales, medioambientales, innovadores, de accesibilidad y otros criterios cualitativos. A tal efecto, localiza una importante área de mejora para conseguir mayor aceptación de la contratación pública estratégica, instando a los países miembros para que sus administraciones desempeñen un papel mayor en la respuesta a objetivos sistemáticos en lo social, medioambiental y económico, tales como la economía circular.

La conclusión de la Comisión es clara: *“Un uso inteligente de la contratación pública puede ayudar a abordar retos globales tales como el cambio climático y la escasez de recursos o la sociedad en envejecimiento. Apoya las políticas sociales y acelera la transición a cadenas de suministro y modelos empresariales más sostenibles.”*. Ese uso inteligente, por innovador, de la contratación pública es el que marcará la frontera entre la eficiencia del gasto público y la inadecuada utilización de las herramientas, y apela a unos órganos de contratación responsables, no solo en lo social y medioambiental, sino en la eficiente utilización de los fondos públicos, de modo que no aplique la máxima del convencimiento apriorístico de que se pueden conseguir los máximos beneficios sociales mediante la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales y de innovación, al margen de cuál sea su coste, eficacia, y otras alternativas razonables canalizadas a través de políticas activas directas sectoriales, como venimos manteniendo en esta Memoria.

## **10. El artículo 1º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.**

De nuevo a colación este artículo primero de la ley española de contratos del sector público, para recordar que no está demostrada la querencia del legislador

<sup>276</sup> COM (2017) 572 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones.

en el establecimiento de beneficios sociales y la eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Como ya se ha dicho, se trata más de un deseo que de una realidad, pese a que cabe la demostración, con datos, de la presunción. Pero en este apartado y los siguientes, queremos fijarnos en la repercusión del precepto como pórtico de entrada al establecimiento del enfoque estratégico en los respectivos sistemas de contratación pública de los poderes adjudicadores.

Es su apartado 3. el encargado de imponer la obligación al órgano de contratación de incorporar -dice de *manera transversal y preceptiva*- criterios sociales y medioambientales, siempre que guarden relación con el objeto del contrato. La transversalidad, afecta a todas las áreas de actividad de la Administración e implica contemplarla en su conjunto orgánico como un común denominador para la aplicación de las políticas estratégicas, de las que no pueden exceptuarse ninguna de sus partes, al menos, las que tienen necesidad de contratar la colaboración de un operador económico para la prestación a los ciudadanos de obras, bienes o servicios que satisfagan sus necesidades o aspiraciones. Pero la transversalidad presenta igualmente una lectura complementaria de la organizativa anterior, es también de proceso, y afecta a todas las fases en las que se descompone el procedimiento administrativo especial de la contratación pública. De ahí que las posibilidades de establecer cláusulas sociales y medioambientales se den en la acreditación de la capacidad y solvencia del empresario, en la preparación del contrato, en su adjudicación y en la ejecución, como veremos en los siguientes apartados<sup>277</sup>.

Por tanto, el criterio de la transversalidad organizativo-estructural y procedimental preside esta visión de la contratación pública, facilitadora de políticas sociales y medioambientales, corolario del derecho a una buena

<sup>277</sup> La Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025), establece que “con el fin de lograr los objetivos de la contratación pública ecológica, en la que se promueva una mayor participación de la PYME, los órganos de contratación podrán utilizar como posibles los criterios de selección, los criterios de adjudicación, las especificaciones técnicas y las condiciones especiales de ejecución de los contratos relativos a los bienes obras y servicios que se detallan en la tabla adjunta en el marco de las Directivas de contratación. [...]”.

administración para los ciudadanos del que nos comenta RODRÍGUEZ-ARANA<sup>278</sup>. Del carácter preceptivo de la incorporación de criterios en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de ámbito general previsto en este artículo, nos hablan los respectivos preceptos y disposiciones que los contienen, resultando que, como cláusula obligatoria, únicamente se establecerá una condición especial de ejecución. Tímida aplicación de la perspectiva estratégica que, aunque alineada con las cautelas que mantiene la Directiva 2014/24/UE, en su Considerando núm. 95, dadas las diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados, no resulta acorde con el espíritu del preámbulo de la LCSP 2017<sup>279</sup>, ni del artículo primero que comentamos.

De ser cierta, por demostrable, esa mejor relación calidad-precio y a la vez mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos que buscamos, los órganos de contratación no deberían limitarse al establecimiento de cláusulas como condición especial de ejecución, sino complementarlas especialmente con criterios de adjudicación, en el ámbito de las finalidades y supuestos que contiene el artículo 145.2 de la LCSP 2017. En ambos casos relacionadas y vinculadas al objeto del contrato.

Cubierta la obligación de incluir una condición especial de ejecución, referida a una consideración económica, relacionada con la innovación, de tipo social o medioambiental, y dependiendo de las posibilidades de integración según los diferentes sectores de la actividad económica; el órgano de contratación podrá inclinarse por introducir más condiciones especiales de ejecución, de cumplimiento obligatorio para el contratista y, por tanto, bastante neutras desde el punto de vista de la licitación, o bien por establecer criterios de adjudicación de tipo social o medioambiental, a sabiendas de que deberá buscar un equilibrio

<sup>278</sup> RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “El derecho a una buena administración para los ciudadanos”.

<sup>279</sup> LCSP 2017, Preámbulo V, “*se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Estas consideraciones podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar. En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo 202.*”

entre el respeto al principio de libre concurrencia y la perspectiva social que busca introducir en sus contratos, de modo que esta última no limite o restrinja la competencia más allá de lo necesario para acreditar una mayor eficiencia en la ejecución del gasto, acorde con lo previsto en el artículo primero de la LCSP 2017.

## **11. La difícil vinculación de algunos criterios de adjudicación sociales con el objeto del contrato.**

En los apartados anteriores hemos visto el valor que lo “intrínseco”, y lo inherente al objeto del contrato como pauta para la Comisión Europea en sus Comunicaciones más pretéritas, velando siempre por un principio de la competencia que pugna con aspectos sociales y medioambientales que, pese al carácter estratégico del que vienen tildados y, a menudo, asociados a la mejor relación calidad-precio y eficiencia de las compras públicas, parecen considerarse como elementos extraños a la directa relación que debe darse con aquél objeto. El panorama complejo con el que nos encontramos tampoco se despeja, o al menos definitivamente, con una jurisprudencia que, como la doctrina administrativa, se muestra vacilante. Y, sin embargo, el correcto establecimiento de determinadas cláusulas de naturaleza social, libres de los riesgos inherentes a una eventual impugnación que suponga la revisión por anulación de las mismas, requiere de una mayor profundización, analizando esta difícil vinculación al objeto del contrato, incluso en el marco ya de la LCSP 2017.

Como dice MEDINA ARNÁIZ<sup>280</sup>, *“el punto de partida es el mismo: resulta obligatorio que los criterios de adjudicación se encuentren vinculados al objeto del contrato, pero las diferencias interpretativas surgen, principalmente, respecto de la manera de entender esta vinculación, mucho más estricta en el caso del TACRC y más flexible en opinión del TACPM.” [...] las dificultades objetivas [...] son aún mayores si -como ha señalado el TACRC y también el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público- no resulta factible considerar cumplida la*

<sup>280</sup> MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”. Pág. 271.



*exigencia de vinculación por el hecho de referenciar la finalidad social en la denominación del objeto contractual.”.*

### **11.1. Descripción del objeto del contrato**

Las Comunicaciones interpretativas de la Comisión Europea de 2001<sup>281</sup>, con ocasión de analizar las posibilidades de integrar aspectos sociales y medioambientales se refieren al objeto del contrato planteándose la siguiente cuestión: “*¿Qué deseo como Administración Pública?, ¿construir o comprar?*”, a continuación señalan el camino para su establecimiento en los contratos típicos, como por ejemplo en el contrato de obras en la fase de proyecto y de trabajo intelectual, o en la fase de ejecución fijando los requisitos “*sobre utilización de la electricidad o del agua, o sobre la gestión de los residuos.*”. Pero también, prevén la oportunidad de imponer un determinado modo de ejecución que tenga en cuenta intereses de tipo social. En ambas se tiene en cuenta que la libertad de definir el objeto del contrato que mejor responda a las inquietudes de los poderes adjudicadores no es ilimitada, ya que éstos deben cumplir las normas y principios generales del Derecho Comunitario y, en particular, los de libre circulación de mercancías y servicios, principios originarios del Tratado CE y que, como hemos dicho, permanecen en continua pugna con la introducción de criterios estratégicos, de carácter social o medioambiental.

Las especificaciones técnicas, “*suficientemente precisas e inteligibles para todos los interesados*”<sup>282</sup> sirven a la determinación y descripción del objeto del contrato, informan sobre él, lo definen<sup>283</sup>, establecen su medida y, en definitiva, están relacionadas con el mismo.

<sup>281</sup> COM 2001, 366 final y COM 2001 566 final.

<sup>282</sup> Así se refieren las Directivas del Consejo de 26 de julio de 1971 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (71 /305/CEE), en su artículo 10; y de 18 de junio de 1992 (92/50/CEE), sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, artículo 14.

<sup>283</sup> Considerando núm. 46 de la Directiva 2004/18/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Pero, la definición más completa del objeto del contrato la encontramos en el artículo 99 de la vigente LCSP 2017, al afirmar: *“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.”* En realidad, como vemos aquí, también las especificaciones técnicas sirven para su delimitación, aunque se introducen novedades, como la de no cerrarlo a una solución única cuando los licitadores pueden aportar conocimiento y experiencia de los que pudieran carecer los servicios públicos, presentando alternativas o variantes que incorporen innovaciones en las diferentes áreas de actividad, competencia de los poderes adjudicadores.

En este sentido, podríamos definir el objeto del contrato como el contenido delimitador de la prestación, en su aspecto material o intrínseco, definido en las prescripciones técnicas del contrato, pero también en su vertiente teleológica, propiciadora de otros bienes superiores que, no obstante, no pueden aparecer desconectados de la prestación material, sino que han de estar vinculados a ella para demostrar el mejor rendimiento de unas ofertas frente a otras.

### **11.2. La vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato**

Definido el objeto del contrato, debemos establecer la relación entre éste y los criterios de adjudicación o de valoración a través del nexo que los identifica, al que llamamos vinculación.

La vinculación fundamenta los criterios de adjudicación en el objeto del contrato, aquello que constituye lo que queremos construir, prestar o suministrar. Por tanto, los criterios de adjudicación, tanto en una visión estricta como lata, deben servir para discernir entre las distintas ofertas más

ventajosas en lo económico, valoradas en función de la mejor relación calidad-precio.

El término vinculación al objeto del contrato aparece ya en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre integración de aspectos sociales de 15 de octubre de 2001, cuando al referirse a la característica común de los criterios utilizados para valorar las ofertas dice que *“todos ellos deben referirse a la naturaleza de la prestación objeto del contrato [...] deben, por tanto, estar vinculados al objeto del contrato [...]”*. En el mismo sentido el primer considerando de la Directiva 2004/18/CE, que después de manifestar que la misma *“está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados [...]”*, lo que a nuestro juicio constituye toda una declaración de intenciones sobre las cualidades intrínsecas de los mismos, esto es, relacionadas con los usuarios de las prestaciones; añade a continuación: *“sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato”*, acorde igualmente con el contenido del Considerando núm. 46, estudiado más arriba. La vinculación se reproduce en otras fases del procedimiento de adjudicación, tales como solvencia, especificaciones técnicas y condiciones especiales de ejecución, pero, por lo que a este trabajo interesa, el artículo 53 de la Directiva insiste en la vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato.

El concepto de vinculación, configurado en la Directiva de 2004, se transpone al Derecho interno a través de la LCSP 2007 que, en su artículo 134 “Criterios de valoración de las ofertas”, dice *“1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato [...]”*, y se reproduce en el TRLCSP, artículo 150. Poco o nada alumbran estos textos sobre la naturaleza y contenido de ese nexo de unión entre los criterios de adjudicación y el objeto del contrato. Para ello, tendríamos que esperar al

paquete de Directivas de 2014, fijando nuestra atención en la núm. 2014/24 UE, cuyo artículo 67.3, considera:

*“que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:*

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios; o*
- b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.”.*

Con anterioridad a la Directiva de 2014, la sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2013, Comisión contra España, T-402/06, fundamento 107, recordando otra Sentencia, la “Concordia Bus Finland” dice **“en la medida en que una oferta se refería necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que podían aplicarse debían estar también relacionados con el objeto del contrato** (la negrita es nuestra). De ello se desprende que los criterios de adjudicación utilizados por las entidades adjudicadoras deben ser criterios objetivos relacionados directa y exclusivamente con las características de la oferta y con las cualidades intrínsecas de un producto o de un servicio, y no con la capacidad de los licitadores.”. Importante reflexión que relaciona oferta del licitador y objeto del contrato, binomio del que no pueden separarse los criterios de adjudicación como herramienta que sirve al propósito de discernir, ponderando, entre las mejores ofertas presentadas, ineludiblemente relacionadas y referidas al objeto del contrato, con sus cualidades intrínsecas, como corresponde al parecer mayoritario expresado en las Comunicaciones interpretativas de la Comisión Europea y de la doctrina administrativa, vistas más arriba, con alguna excepción, como la comentada sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012. En la siguiente figura se muestra la interacción señalada entre objeto, oferta y criterios de adjudicación:

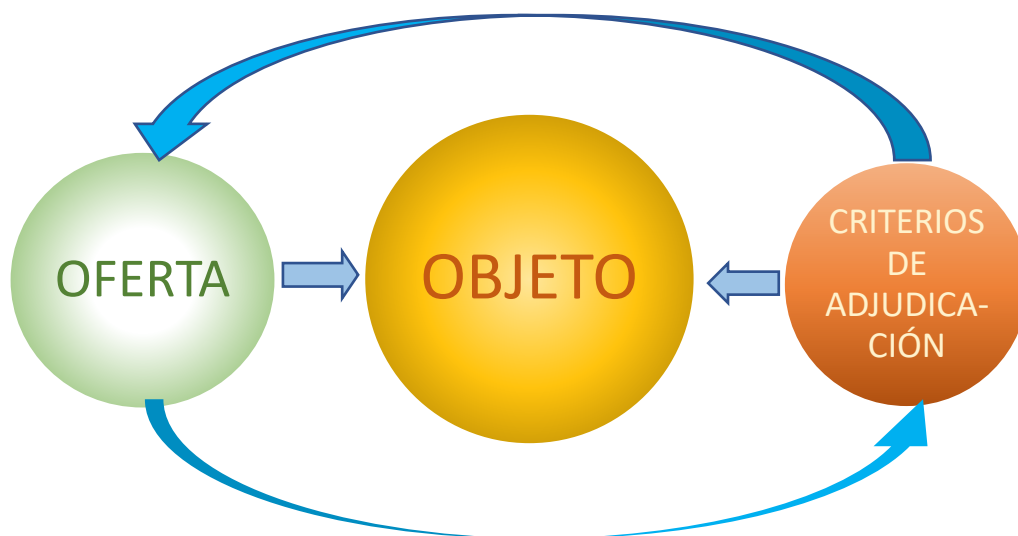


Ilustración 5. Interacción con el objeto del contrato.

La *figura* representa la relación existente entre la oferta del licitador, que ha de estar alineada y referida al objeto de prestación, teniendo en cuenta los elementos de medida fijados en los criterios de valoración y, a su vez, estos últimos deben corresponderse con el objeto del contrato, con su calidad intrínseca y, por supuesto, resultar objetivos, claros, precisos y proporcionados, de modo que los licitadores puedan anticipar razonablemente no sólo las fórmulas con las que se valorarán los criterios económicos, sino también el juicio de valor con el que se evaluarán los criterios cualitativos no susceptibles de valoración mediante fórmula.

Y llegamos a la norma interna de transposición de la Directiva de 2014, la LCSP 2017, que casi reproduce en su artículo 145.6, lo dispuesto en el artículo 67 de la Directiva de 2014, con una ligera variante que podemos localizar en su literal (*la negrita es nuestra*):

*“6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:*

*a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, **con especial referencia a formas***

***de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;*** (la negrita es nuestra)

*b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.”*

Como vemos, el texto anticipa una completa definición sobre la relación entre los criterios de adjudicación y el objeto del contrato<sup>284</sup>, en la que se contemplan las referencias clásicas a la integración de las prestaciones que lo constituyen, en cualquiera de sus aspectos, tal y como lo definan las especificaciones técnicas (propiedades, funcionalidades, composición, materiales, tiempo, plazo, cadencia, etc.), y en cualquier etapa de su ciclo de vida, esto es, de la secuencia denominada “*de la cuna a la cuna*” (materia prima, extracción, fabricación, comercialización, transporte, eficiencia energética, desmantelamiento del bien al final de su vida útil y reutilización). Hasta aquí podemos considerar un concepto de vinculación tradicional, basado en los aspectos y características intrínsecas de la prestación. Pero, a continuación, añade el artículo el inciso que constituye toda una innovación para facilitar la integración de cláusulas sociales y medioambientales, sin temor, como hemos adelantado al analizar las Comunicaciones de la Comisión y el objeto del contrato, a incurrir en supuestos de anulabilidad por falta de vinculación.

Me refiero, naturalmente, a los factores que intervienen en los procesos de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, lo que situaría una nueva posibilidad de integrar criterios sociales y

<sup>284</sup> Incorporada al texto legal teniendo en cuenta la enmienda núm. 616, del Grupo Parlamentario Socialista al artículo 145.2, del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 16 de marzo de 2017, Serie A “Proyectos de Ley”). En la enmienda se proponía la modificación del citado apartado y sus puntos a) y b), que quedaban redactados así: «a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a **formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas**; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.» La motivación de la enmienda, se basa en que, sin perder la vinculación con el objeto del contrato, no solo deben considerarse criterios «clásicos», vinculados al precio o a las unidades, sino que *“hay que incorporar elementos medioambientales y sociales que hagan de la contratación pública un elemento de discriminación hacia formas de producción y de servicios más valiosas desde el punto de la sostenibilidad.”*

medioambientales lejos del supuesto previsto en el considerando 46 de la Directiva 2004/18 CE, y en el artículo 150 del TRLCSP<sup>285</sup>, y cerca de los medios de producción, prestación o comercialización del contrato.

La doctrina administrativa<sup>286</sup>, especialmente la procedente de los Tribunales de Recursos Contractuales, se ha pronunciado sobre la vinculación entre los criterios de adjudicación o de valoración y el objeto del contrato, haciendo en primer lugar una delimitación negativa: *“El criterio social no puede vincularse a las características propias de las empresas”*, entre ellas las resoluciones del TACRC de 24 de abril de 2015, del TARCJA, de 18 de febrero de 2016, y de nuevo el TACRC en sus Resoluciones de 5 de mayo de 2017 y 26 de octubre de 2018, que rechazan el establecimiento de criterios de adjudicación que valoran aspectos subjetivos de las empresas tales, como plantillas con independencia de los compromisos de adscripción de medios a la ejecución del contrato, participación de los trabajadores en el control de la empresa, proporcionalidad de los salarios entre las distintas categorías profesionales, de política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa, o disponer de un plan de igualdad registrado en REGCON<sup>287</sup>, toda vez que *“el mismo no está referido, como exige la ley, a su aplicación en la ejecución del contrato, sino a la empresa licitadora en su conjunto y de forma previa a la formalización del contrato.”*

Se trata de materias que, según la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de febrero de 2013, sobre la responsabilidad social de las empresas, promueven los intereses de la sociedad, estableciendo medidas referidas a la formación profesional, la conciliación de la vida familiar y laboral, y las condiciones laborales adecuadas, lo que de suyo, de acuerdo con el considerando núm. 97 de la Directiva 2014/24/UE, resultan incompatibles con

<sup>285</sup> *“criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades –definidas en las especificaciones del contrato— propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato.”*, incisos omitidos tanto en la Directiva 2014/24/UE como en la LCSP 2017;

<sup>286</sup> GÁLLEGO CORCÓLES, Isabel. “Las cláusulas sociales como criterio de adjudicación”. *Contratación Administrativa Práctica* nº 152, noviembre-diciembre 2017.

<sup>287</sup> Registro de convenios y acuerdos colectivos de ámbito estatal y supraautonómico.

la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato, al tratarse de criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, sin que puedan *“considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos.”*

Hecha esta delimitación negativa, a continuación, fijamos la atención en la vinculación positiva del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, lo que, en palabras de GALLEGO, en la recopilación de resoluciones efectuada en el trabajo citado, tiene una *“repercusión en la mejora en la calidad de la prestación”*. Así, se recogen Resoluciones del TACP de Madrid, de 3 de febrero de 2016, y de 10 de mayo de 2017, favorables ambas a la conjugación de criterios sociales, tales como las condiciones laborales del personal que presta los servicios, con la calidad de la oferta; frente a otras, como la del TACRC, de 21 de abril de 2017, en la que se afirma *“que el mero aumento de las retribuciones o la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores de la adjudicataria tengan fácil encaje dentro de las contempladas en la normativa comunitaria transcrita, sobre todo teniendo en cuenta siempre que el criterio fundamental de ejecución de todos los contratos públicos sigue siendo el de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración y que, a su vez, todos los criterios deben estar vinculados al objeto del contrato.”*, o la de este mismo Tribunal, de 26 de mayo de 2017, en el que partiendo de la posibilidad teórica de incluir mejoras sociales como criterio de adjudicación, se analiza si el compromiso de mantener durante la vigencia del contrato las retribuciones que, como mínimo, figuren en el Convenio Estatal de Empresas de Seguridad, supone una verdadera mejora social de las amparadas por la Directiva 2014/24/UE, además de estar vinculada con el objeto del contrato, concluyendo que *“la mejora social que los Pliegos contemplan como criterio de adjudicación no tiene cabida entre las que menciona el Considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE (LCEur 2014, 536), ni es análoga a ninguna de ellas, pues no tiene por objeto proteger la salud del personal que participa en la ejecución del contrato, ni favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos*



*vulnerables, ni ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate. Si a ello se añade que su exigencia no deriva en una mejor prestación del servicio (ni siquiera afecta directamente a la forma o calidad del servicio objeto de la prestación) y que su valoración como criterio de adjudicación efectivamente puede ocasionar distorsiones entre los licitadores, debe convenirse que su inclusión como criterio de valoración de las ofertas no es conforme a Derecho.”.*

En parecidos términos, otras dos resoluciones del TACRC, de 8 y 29 de marzo de 2019, sobre mejoras de las condiciones salariales como criterio de adjudicación que no guardan una relación directa con el objeto del contrato, y tampoco se trata de una prestación que redunde en un mejor rendimiento del servicio según se define en las prescripciones técnicas, vulnerando los principios de eficiencia, economía y control del gasto. Volveremos más adelante sobre la importante Resolución 235/2019, de 8 de marzo, al estudiar la delimitación del concepto de vinculación, contenido en el artículo 67.3 de la Directiva 2014/24/UE, en su transposición al derecho interno.

En opinión de Teresa MEDINA ARNÁIZ<sup>288</sup>, contrariamente a lo que sostiene el TACRC, *“la vinculación con el objeto del contrato existe cuando se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. La amplia referencia a la vinculación que lleva a cabo el artículo 145.6 de la LCSP incluye también a los trabajadores/as que intervienen el proceso de producción, suministro o prestación de los servicios, aunque no afecten al resultado final de la prestación.”.*

Pero retomemos ahora la completa definición que, sobre vinculación al objeto del contrato, nos proporciona el nuevo artículo 145.6 de la LCSP 2017. Pese a todo, nos encontramos con un concepto que presenta cierta dificultad de determinación. Las cuestiones que se plantean merecen ser analizadas singularmente:

<sup>288</sup> MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”. Pág. 273.

1) ¿Qué entendemos por **factores** que intervienen en los procesos de producción, prestación o comercialización de los distintos contratos?, ¿a qué se refiere el legislador?

Recordemos, que tanto el artículo 67.3 de la Directiva 2014/24/UE, como el artículo 145.6 de la LCSP 2017, incluyen en la vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato, los “*factores que intervienen en los siguientes procesos:*

- a) *en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, [...]*
- b) *o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.”*

Recordemos también que este aserto constituye el hecho diferencial de la concepción clásica de vinculación al objeto del contrato como algo inherente a su sustancia, a su carácter intrínseco, como hemos venido diciendo. Parece como si no fuera suficiente la obtención de una ventaja económica directa para el órgano de contratación y conforme al espíritu social que impregnan las normas comunitarias de búsqueda del pleno empleo y de una sociedad más justa y sostenible, aún se pudiera hacer un esfuerzo adicional por conseguirla utilizando herramientas como la contratación pública que, con esa finalidad, se convierten en estratégicas. Este carácter de la contratación pública para asegurar decisiones adaptadas a propósitos que trascienden la propia herramienta de la que se sirven, necesita de un nuevo alcance del concepto de vinculación, precisamente el que introduce la Directiva 2014/24/UE, en su artículo 67.3 que, además de recoger la relación directa, substantiva e inherente, del criterio de adjudicación a la prestación, se refiere ahora a la inclusión de los factores que intervienen en el proceso productivo, entendido en sentido amplio, esto es, no sólo la producción, sino también la comercialización y la prestación, áreas de actividad coincidentes con las prestaciones propias de los contratos típicos de obras, suministros y servicios.

Ni el legislador europeo, ni el interno, definen qué debemos entender por factores intervinientes en los procesos descritos. Es por ello por lo que precisamos acudir a la teoría económica, bajo la cual, entendemos por producción la conversión de inputs en outputs, o transformación de los factores productivos en productos y servicios. Cada uno de estos inputs que intervienen en la elaboración de bienes y servicios es considerado como un factor de la producción. Por su parte, la teoría de la producción se encarga de estudiar el modo en el que un productor, según un nivel de tecnología dado, combina los factores productivos para obtener un resultado, una cantidad de producto, del modo más eficiente posible.

Siguiendo a CASAS PARDO<sup>289</sup>, podemos agrupar todos los inputs o factores productivos en cuatro categorías, a saber:

- a) *“Todos aquellos factores que son inputs de una o unas empresas y outputs de otra u otras empresas. En el caso de los fabricantes de coches, estos utilizan baterías, acero, faros, neumáticos, etc., que ellos emplean como inputs y que compran a los fabricantes de estos (para los que constituyen sus outputs).*
- b) *Todos los factores que provee directamente la naturaleza: tierra, agua, minerales, petróleo, madera, etc.*
- c) *Todos los servicios humanos, que son provistos por las economías domésticas.*
- d) *Los servicios que proveen todo tipo de máquinas en la elaboración de bienes y servicios, tanto de consumo como de inversión (los llamados bienes capital o bienes que sirven para producir otros bienes)”, que no debe confundirse con el capital financiero.*

A efectos analíticos, según CASAS PARDO, las cuatro categorías pueden agruparse en tres: tierra (productos primarios, no elaborado por el hombre), capital (bienes elaborados por el hombre para incrementar la producción) y

<sup>289</sup> CASAS PARDO, José. *Curso de Economía*, págs. 414-416. Madrid 1982.

trabajo (servicios humanos<sup>290</sup>). Con posterioridad se ha incorporado el factor tecnológico, referido al compendio de conocimientos que, utilizados bajo fórmulas de lógica matemática, permiten incrementar la productividad del resto de los factores.

También el derecho positivo tributario se ha referido a los factores que intervienen en los procesos productivos o actividades económicas. Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en su artículo 5. Dos, dice que: *“Son actividades económicas (empresariales o profesionales) las que implican la ordenación por cuenta propia de **factores de producción, materiales y humanos**, (la negrita es nuestra) o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.”*

Y, desde la misma perspectiva, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, en su artículo 27, establece que: *“Se consideran rentas de actividades económicas las que, procediendo del **trabajo personal y del capital** (la negrita es nuestra) conjuntamente, o de uno solo de estos factores, suponen por parte del contribuyente (persona física exclusivamente), la ordenación por cuenta propia de los medios de producción o distribución de bienes o servicios.”*

De todo ello se infiere que, cuando la Directiva de 2014 o la LCSP 2017, vinculan al objeto del contrato los factores de la producción, comercialización o prestación, se están refiriendo, entre otros, al personal que presta sus servicios por cuenta de la empresa adjudicataria, recurso necesario para llevar a cabo el proceso productivo -relación directa e intrínseca- que constituye el objeto del contrato. La participación de los trabajadores no sería por tanto un elemento extraño, ajeno al objeto del contrato, sino que formaría parte de él,

<sup>290</sup> Los hogares realizan una función económica, consumen y aportan factores de producción “Guía práctica de la contratación pública para la PYME: ¿Cómo compra el sector público?” (1) *Contratación Administrativa Práctica* nº 155, mayo-junio 2018, Editorial Wolters Kluwer.

condicionando la mejor o peor utilización de los recursos públicos, en definitiva, su eficiencia. Y es que, aunque la mayor o menor pericia con que el empresario ejecute el contrato pertenezca al ámbito de la ventura propia del ejercicio de la actividad económica que ejerce, no cabe duda de que la eficiente ordenación de los factores productivos, tendrá incidencia en la calidad de la prestación. No todo es la calidad intrínseca, no todo es el producto o la obra, o el servicio, realizado conforme a unas especificaciones técnicas, también cuenta la calidad productiva, que nos habla del cumplimiento del plazo de ejecución, de las terminaciones de mayor satisfacción a las previstas en los pliegos y en el proyecto, del tiempo invertido por los responsables de contrato y directores de obra en el control de ejecución, en tareas de coordinación o de fiel transmisión y ejecución de órdenes al ámbito operativo de prestación, de la afección a otros servicios existentes y a la ciudadanía, etc. Puede decirse que, entre el mero cumplimiento del contrato, superador del umbral preciso para una recepción conforme, y el cumplimiento de calidad, por encima de lo regulado, a veces únicamente caracterizado por la facilidad de comunicación «Responsable público del contrato-Contratista», sin costes de no calidad o desperdicios improductivos; supone un plus prestacional *invisible* que redundará en mayor eficiencia y, por ende, en menor coste.

Luego, si los factores productivos son los inputs o entradas que intervienen en la elaboración de los bienes y servicios, para su conversión en outputs o salidas de bienes y servicios, no cabe duda de que forman un conjunto inseparable y son causa del resultado, esto es, la obra, el suministro o el servicio contratado, justo aquello que denominamos objeto del contrato. Por tanto, algunas finalidades como las previstas en el artículo 145.2 de la LCSP 2017, relativas a: *“los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la*

*seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual;* pueden formar parte de la calidad productiva que mantenemos y no ser ajenas a la inherencia propia de los criterios de valoración, al valor intrínseco de mayoritaria aceptación.

Otras características de tipo social, tales como: *“fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción socio laboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción”*; trascenderían esa relación causal entre entradas y salidas del proceso productivo cuyo efecto es la calidad prestacional, para situarse en un plano teleológico de derecho ciudadano a una buena administración, socialmente responsable, aunque sólo indirectamente se hallen vinculadas al objeto del contrato y siempre que se demuestre, como venimos manteniendo que la inversión del *“euro presupuestario estratégico”* del órgano de contratación, resulta más rentable que la del *“euro transferencial”* (subvención) proveniente de las políticas activas directas de la misma o de otras administraciones.

Pero los factores productivos no solo intervienen de manera directa en la creación de un bien, sea éste de carácter tangible como las obras y los suministros, o de carácter intangible como los servicios, sino que también pueden involucrarse en otra etapa del ciclo de vida de un producto, aun no formando parte de su sustancia material (aserto contenido en el apartado b) del artículo 145.6), que dice: *“b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.”*

La cuestión no es baladí, como veíamos en el Capítulo II.2.3., el precio de compra no es más que una primera aproximación al coste real de un producto, ya que también hay que considerar el consumo de energía, el mantenimiento y su desmantelamiento al final de su vida útil, aspectos relativos a la

substancia física del bien que, sin embargo, no forman parte de su naturaleza. Tampoco forman parte del mismo la metodología productiva, la utilización de productos químicos tóxicos o carcinogénicos, la biodegradabilidad de los materiales evitando la contaminación del medio natural, la logística y el transporte. Esto es así, porque de la contemplación del ciclo de vida de un producto podemos obtener una mayor o menor eficiencia en la compra pública, considerando factores productivos como los materiales y suministros, otros bienes de inversión como el capital necesario para producirlos, así como otros beneficios indirectos que se atribuyen a las externalidades causadas por consumo, tales como las emisiones CO<sub>2</sub>, la contaminación de las aguas o la degradación del suelo mediante el depósito de vertidos incontrolados.

## 2) ¿Qué entendemos por **formas de producción**, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas?

Hecha esta primera aproximación a la vinculación del objeto del contrato, nos queda por analizar lo que antes hemos denominado variante del concepto de vinculación, llevado a cabo por el legislador interno en el apartado a) del artículo 145.6, refiriéndose a los factores que intervienen no solo en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, los suministros o los servicios, sino también, y ésta es la innovación: *“con especial referencia a **formas de producción**, (la negrita es nuestra) prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas [...].*

Antes de nada, conviene hacer alguna precisión. Factores o medios de producción (tierra, capital, trabajo, tecnología) no es lo mismo que formas o métodos de producción, esto es, la combinación de los medios, mediante relaciones sociales y técnicas que Karl MARX<sup>291</sup> lo explica diciendo: *“En la producción social de su existencia, los hombres entran en relaciones determinadas, necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción que corresponden a un grado determinado de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales.”*

<sup>291</sup> MARX, Karl, *Contribución a la crítica de la Economía Política*, Prólogo, Ed. Comares, 1ª edición, 1ª impresión (01/2004).

Tampoco el proceso y la forma de producción son la misma cosa, aunque ambos, en su correspondiente combinación, están afectados por los factores de la producción, que podemos tener en cuenta como criterios de adjudicación.

Siguiendo la norma internacional ISO 9000:2015<sup>292</sup>, se entiende por proceso, el *“Conjunto de actividades<sup>293</sup> mutuamente relacionadas que utilizan las entradas para proporcionar un resultado previsto, o lo que es lo mismo, trasladado al ámbito público, el conjunto de actividades interrelacionadas, capaces de convertir las demandas ciudadanas y de otros grupos de interés (necesidades y expectativas), utilizando recursos propios (humanos, legales, técnicos, tecnológicos y financieros) y de terceros colaboradores, en resultados, esto es, en salidas de bienes y servicios, que las satisfacen.*

Insistiendo en el concepto de proceso, la norma EFQM, dice que *“las organizaciones excelentes diseñan, gestionan y mejoran sus procesos, productos y servicios para generar cada vez mayor valor para sus clientes y otros grupos de interés.”*

Por tanto, los factores de producción no sólo están presentes en el proceso y pueden integrarse formando parte de él, a lo largo de toda la cadena productiva del bien o del servicio<sup>294</sup>, orientados a la consecución de un objetivo determinado que, en nuestro caso, es el objeto del contrato, sino que además condicionan las formas de producción, prestación o comercialización sostenibles y justas, no en cualquier ámbito, sino en el social y medioambiental. Es decir, la forma o método productivo, en el tratamiento

<sup>292</sup> ISO:2015, *Sistemas de gestión de la calidad. Fundamentos y vocabulario*. Publicado por la Secretaría Central de ISO en Ginebra, Suiza, como traducción oficial en español avalada por el Translation Management Group.

<sup>293</sup> Según la función de la producción de la teoría económica de la empresa, podemos distinguir: *tareas*, como transformación de recursos realizados por el hombre o la máquina, *flujos* o traslado de los bienes de un lugar a otro para realizar una tarea, y *almacenamiento* del bien en estado de espera.

<sup>294</sup> Conjunto de actividades en las que se descompone, tomando en consideración incluso otra etapa de su ciclo de vida.



dado por el artículo 145.6 a), viene con marchamo impuesto, ha de ser, de un lado sostenible, capaz de satisfacer *“las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.<sup>295</sup>”*, como respuesta preventiva, según dice Francisco FERNÁNDEZ BUEY, *“ante la perspectiva de colapso, global o parcial, del modelo de civilización imperante<sup>296</sup>”*. El autor, se pregunta de qué hablamos hoy cuando nos referimos a sostenibilidad o de desarrollo sostenible, y contempla dos acepciones, una que califica de *débil*, atribuible a los economistas neoclásicos del medio ambiente, y que postula *“que el progreso técnico siempre podrá proporcionarnos las técnicas y productos para sustituir los recursos naturales agotados [...], que se conforma con internalizar las externalidades medioambientales mediante el pago de ecotasas, y otra fuerte, que “se opone a la hipótesis de que siempre existe la posibilidad de sustitución entre los factores de producción [...]”, y se corresponde con una concepción ecologista en la que los ciudadanos están dispuestos a transmitir a las generaciones futuras un stock de recursos no degradados y no agotados, a fin de perpetuar las condiciones de vida. La forma o método productivo también ha de ser justa<sup>297</sup>, equitativa, ética<sup>298</sup>, en su relación con el objeto del contrato, valorando un precio adecuado, como apuntan ALGUACIL MARÍ y FELIP TORRENT<sup>299</sup>.*

<sup>295</sup> NACIONES UNIDAS, Comisión mundial sobre el medio ambiente, *nuestro futuro común*, Abril, 1987.

<sup>296</sup> FERNÁNDEZ BUEY, Francisco, “Sostenibilidad: palabra y concepto”, *Museos.es*, 7-8/2011-2012, pág. 16-25.

<sup>297</sup> La Organización Mundial del Comercio Justo (WFTO) da la siguiente definición: *“el Comercio Justo es un sistema comercial basado en el diálogo, la transparencia y el respeto, que busca una mayor equidad en el comercio internacional prestando especial atención a criterios sociales y medioambientales. Contribuye al desarrollo sostenible ofreciendo mejores condiciones comerciales y asegurando los derechos de productores/as y trabajadores/as desfavorecidos, especialmente en el Sur”*

<sup>298</sup> MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “Comercio justo y contratación Pública”, Capítulo VI, del libro *Contratación Pública Estratégica*, dirigida por PERNAS GARCÍA, J. José, Thomson Reuters Aranzadi. Dice la autora: *“el fomento de los principios del comercio justo en la contratación pública es uno de los ejemplos de objetivos secundarios conectados directamente con el concepto de «compra ética»*. Págs. 249-281.

<sup>299</sup> ALGUACIL MARÍ, M<sup>a</sup> Pilar y FELIP TORRENT, Vanesa, “La economía del bien común en la contratación pública”, pág. 72.

Profundicemos un poco en este último concepto de “forma de producción”. Para el profesor, CASAS PARDO<sup>300</sup>, *“la empresa es una unidad de toma de decisiones que, con el objetivo de maximizar los beneficios, elige entre las combinaciones inputs-outputs que tiene a su alcance. La empresa decide qué bienes producir, en qué cantidades y con qué características y calidad, cómo producirlos, y cómo, cuándo y dónde venderlos.”*. Los métodos de producción, considera el autor, *“tenderán a cambiar si los precios relativos de los factores varían (se tenderá a emplear métodos que utilicen relativamente mayores cantidades de los factores más baratos y relativamente menos de los más caros.”*

De este modo, cuando el artículo 145. de la LCSP 2017, al referirse en su apartado 3 h) a los supuestos en que procederá la aplicación de más de un criterio de adjudicación, cita aquellos contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, valorando aspectos, entre otros, como los procedimientos y métodos de producción ecológicos; se está remitiendo a una determinada forma de producción, aquella que, de conformidad con lo previsto en el inciso que comentamos, es sostenible o justa, si nos atenemos a criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato, inciso final del apartado 2.1º del mismo artículo.

En el mismo sentido, si nos referimos al objetivo núm. 12 “Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles” de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible<sup>301</sup>, se pretende lograr la *“gestión sostenible y el uso eficiente de los recursos naturales (objetivo 12.2) [...] lograr la gestión ecológicamente racional de los productos químicos y de todos los desechos a lo largo de su ciclo de vida, de conformidad con los marcos internacionales convenidos, y reducir significativamente su liberación a la atmósfera, el agua y el suelo a fin de minimizar sus efectos adversos en la salud humana y el*

<sup>300</sup> CASAS PARDO, José, *Curso de Economía*, pág. 369 de la obra.

<sup>301</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. (ONU), *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015.

*medio ambiente (objetivo 12.4), [...] promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales (objetivo 12.7), [...] elaborar y aplicar instrumentos para vigilar los efectos en el desarrollo sostenible, a fin de lograr un turismo sostenible que cree puestos de trabajo y promueva la cultura y los productos locales (objetivo 12b).”.*

De acuerdo con esta lógica, las empresas son libres de combinar sus factores de producción, de incluir entre sus recursos productivos materiales ecológicos, ya sea por su forma de producción, por su bajo índice de emisiones a la atmósfera, ya sea por su fácil desintegración tras su vida útil, etc., y los órganos de contratación de primar su adquisición a través de criterios de adjudicación que valoren estos métodos productivos ecológicos. Ahora bien, bastará, como dice CASAS PARDO, una alteración de los precios, para que las empresas tiendan a utilizar mayores cantidades de productos más baratos y, probablemente, menos ecológicos, para mantener su competitividad. En este último caso, la aceptación de un criterio de adjudicación que primase el método de producción ecológico será inferior.

Del mismo modo, la diferente combinación de factores o medios de producción de carácter social, entre los que se encuentran las personas vulnerables o con múltiples desventajas, las personas en riesgo de exclusión social, los parados de larga duración, o finalidades asociadas a la calidad prestacional, tales como los planes de igualdad, la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, la mejora de las condiciones laborales y salariales, etc.; dará lugar a métodos o formas de producción más sostenibles en su finalidad<sup>302</sup>, complementarias de otras políticas activas, y también justas por el reconocimiento del derecho al trabajo, a la remuneración suficiente para satisfacer las necesidades de los productores, la distribución de la renta

<sup>302</sup> PERNAS GARCÍA, J.José, “Contratación pública y eficiencia energética” págs. 283-328, del libro *Contratación Pública Estratégica*, Director: PERNAS GARCÍA, J.J. THOMSON REUTERS ARANZADI. Pamplona 2013. Dice el autor: “Si bien el producto adquirido es el mismo, electricidad, un criterio que se refiera no al producto en sí, a sus cualidades físicas o materiales, sino únicamente a su modo de producción puede cumplir el requisito de vinculación al objeto del contrato”

regional y personal más equitativa, la asistencia y prestaciones sociales suficientes, la protección a la salud, o la integración social de personas con discapacidad, todos ellos derechos recogidos en los Capítulos II y III del Título I de la Constitución Española de 1978.

Después de esta interpretación amplia del concepto delimitador de las formas o métodos de producción, cabe igualmente otra más restrictiva. En sentido estricto, cuando el apartado 6.a) cita las formas de producción, no contempla cualquier combinación de factores productivos que promuevan la sostenibilidad de un lado, y la justicia social por otro. Antes bien, debido a la unión mediante copulativas entre los adverbios *medioambiental* y *socialmente* y los adjetivos *sostenibles* y *justas*, en una referencia clara al comercio ético<sup>303</sup>, podríamos considerar soluciones que utilizan factores -productos- basados en un comercio equitativo.

Pongamos un ejemplo: Si el órgano de contratación quiere licitar la prestación del servicio de cafetería de su sede central, fijando algunos criterios de adjudicación relativos a la línea de café, podrá hacerlo, siguiendo el artículo 145.6 a), de dos modos distintos.

Modo A): Estableciendo como criterio de adjudicación uno que valore la oferta de café, tipo *arabica*<sup>304</sup> 100%, tueste natural, sin mezcla con achicoria o malta.

Modo B): Estableciendo como criterio de adjudicación uno que valore el mismo café, tipo *arabica 100%, tueste natural, sin mezcla con achicoria o malta*, pero elaborado sin pesticidas, herbicidas y otros productos

<sup>303</sup> En palabras del profesor PIÑAR MAÑAS, José Luis, la ética ha de estar presente en la redacción de las normas, si bien no puede sustituirlas (Conferencia pronunciada en Logroño, el día 21 de octubre de 2019, titulada “La Sociedad digital: ¿Un nuevo escenario para un nuevo derecho?”, en la sesión inaugural del curso 2019/2020, del Seminario de Derecho Permanente Privado, Área de Derecho Civil, Universidad de La Rioja). La cuestión de la ética aplicada al derecho no es baladí, porque su fijación bien pudiera obedecer a criterios económicos revestidos de apariencia social, equitativa, justa en definitiva. En este sentido, una vez más, es preciso conocer el mercado, sus flujos de comercialización y pago a proveedores, para saber que realmente no se producen beneficios excesivos a favor de una o varias partes de la cadena de producción y distribución, en perjuicio de otras.

<sup>304</sup> Por ser un café de gran calidad, de menor cafeína, de sabor más agradable, y de cualidades organolépticas más aromáticas.

fitosanitarios químicos, pagando a sus productores un precio razonable que les permite satisfacer sus necesidades económicas, culturales y sociales, superando cualquier manera de exclusión laboral y social, y acreditado mediante etiqueta de comercio justo.

Es evidente que, en ambos casos, el objeto del contrato es el mismo, su predicado intrínseco idéntico: *café, tipo arábica 100%, tueste natural, sin mezclas*. El criterio de adjudicación se refiere a factores que intervienen en el proceso productivo -factores que provee la naturaleza- y, por tanto vinculados al objeto del contrato, tal y como lo define el tantas veces citado 145.6. Pero hay un hecho diferencial, en el modo B, aun obteniendo café con las mismas especificaciones, sin embargo, hay otra combinación de factores, hay otro modo o forma productiva, más sostenible, en explotaciones que respetan el equilibrio natural, no contaminantes y, por tanto sostenibles en el tiempo, y más justa, puesto que el pago del café a su productor le permite vivir dignamente.

Recordemos en este punto la citada Sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012, Comisión c. Países Bajos, as. C-368/10, que *no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste*, en este caso de su comercialización, incluso de su producción, para estar relacionado con el objeto del contrato.

Como vemos, ambos aspectos, factor y forma, en sus vertientes productiva, prestacional o comercializadora, conviven en el citado apartado a), siendo susceptibles de integrarse como criterios de adjudicación vinculados al objeto del contrato, muy lejos de la interpretación llevada a cabo por el TACRC, Resolución 235/2019, que comentaremos a continuación.

(1) Resolución nº 235/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Recurso 764/2018 C.A. Principado de Asturias.

En la resolución se analiza el recurso interpuesto por la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL) contra los pliegos rectores del procedimiento de “*Servicio de limpieza de las instalaciones de Radiotelevisión del Principado de Asturias*”, pidiendo la nulidad y suspensión del procedimiento. La impugnación se centra en la ilegalidad del apartado “G” de las cláusulas del Pliego de condiciones jurídicas, en lo referente a las mejoras sociales, por entender la recurrente que “*la configuración de tales mejoras sociales implica una vulneración manifiesta del artículo 145 de la LCSP, por no tener conexión con el objeto del contrato [...]*”. Se refiere en concreto a las mejoras salariales, por encima de Convenio y a la integración de políticas concretas de conciliación de la vida personal y familiar, por no guardar relación alguna con el servicio contratado, dado que son circunstancias que no inciden en el proceso productivo de la limpieza.

Por su parte, el órgano de contratación defiende su procedencia porque cumplen con los requisitos del artículo 145 LCSP 2017, en especial, su vinculación al objeto del contrato, al referirse y afectar a los procesos y formas en los que ejecutará la prestación. El órgano de contratación considera que:

*“en un contrato intensivo de mano de obra, como éste, cualquier medida que redunde en beneficio de los trabajadores mejorará la prestación del servicio. La inclusión de criterios de adjudicación de carácter social, buscan mejorar el servicio, y no se orientan, como parece interpretar la recurrente en la obtención de una ventaja económica directa.”*

Para fundamentar su decisión, el TACRC, hace un ejercicio de contraste de ambos criterios de adjudicación, primero frente a la Directiva 2014/24/UE, y después frente al artículo 145 de la LCSP.

Respecto de la Directiva, examina si se trata realmente de un criterio de adjudicación por reunir las cuatro condiciones de la normativa europea, esto es:

- Vinculación al objeto del contrato
- Específico y cuantificable objetivamente
- Respeto del derecho europeo, especialmente de los principios de no discriminación, de libre prestación de servicios y de establecimiento.
- Debe publicarse previamente.

El Tribunal cita el Considerando núm. 92, de la Directiva 2014/24/UE, que establece:

*“Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal y como se define en las especificaciones técnicas”. Y a continuación añade: “en el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales [...]”.*

Por tanto, considera el TACRC, que con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, en sentido estricto, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal y como se define en las especificaciones técnicas. Y aun sin ignorar que los factores que intervienen en la producción de la obra, el suministro o el servicio, se integran en el objeto del contrato, matizando, en sentido amplio, dice que ello no altera la necesaria vinculación del criterio con el objeto del contrato, pues *“aunque sea a través de alguno de los factores que interviene en la realización de la concreta prestación a contratar, ha de permitir siempre evaluar comparativamente el rendimiento de las ofertas sobre el contrato, y más en concreto, sobre la obra, el suministro o el servicio.”.*

No obstante, el TACRC, admite que las cualidades del personal empleado pueden tenerse en cuenta como criterio de adjudicación, si son determinantes

de la calidad en la ejecución del contrato, esto es, para su nivel de rendimiento, ligándolo al artículo 67 de la Directiva 2014/24, cuando precisa que la calidad del personal pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato. Lo que significa que, para el TACRC *“solo pueden establecerse como criterios de adjudicación aquellos criterios o consideraciones que permitan efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas.”*. En este punto, señala el Tribunal, que: *“si una licitadora ya acude con unas condiciones salariales según su convenio territorial, inferiores a las del convenio territorial del poder adjudicador, se verá discriminada respecto de las empresas de ese territorio, o si ya tiene condiciones salariales mejores se verá favorecida, lo que determinaría desigualdad y discriminación.*

Frente al necesario contraste con la LCSP 2017, el Tribunal comienza afirmando que no contiene determinación alguna sobre qué es un criterio de adjudicación, que para ello hay que acudir al considerando núm. 92 de la Directiva, derivado directamente de la jurisprudencia del TJUE, y matiza: *“el solo hecho de que la LCSP relacione una serie de finalidades a las que pueden referirse, entre otras, las características sociales del contrato, que no menciona expresamente la Directiva o que parece reconducirlas a una operatoria diferente, no implica que el criterio de adjudicación no pueda operar como tal, sino que solo podrá hacerlo si se configura de forma que concurra en él la cualidad que le hace ser admisible como criterio de adjudicación, que es determinar un mejor nivel de rendimiento del contrato [...]”*, superando apriorísticamente cualquier duda entre el lacónico enunciado de características sociales y medioambientales del artículo 67 de la Directiva 2014/24 y las finalidades del artículo 145.2 de la LCSP 2017, mediante una interpretación de la LCSP 2017 -dice- acorde con las determinaciones del Derecho Comunitario.

Hasta aquí, en términos generales, poco podemos manifestar en contra de los argumentos del Tribunal. El considerando núm. 92 de la Directiva es muy claro



y, sobre la base de la jurisprudencia del TJUE que recopila, define las características de los criterios de adjudicación, acordes con su naturaleza y vinculación al objeto del contrato, tales como que permitan llevar a cabo un análisis comparativo entre los distintos rendimientos que presentan las ofertas, pero no libremente, nunca desvinculadas del objeto del contrato, sino de acuerdo a cómo éste es definido en las especificaciones técnicas. Este argumento, sin duda acorde, como hemos visto, a las características intrínsecas del contrato, sin embargo, no tiene en cuenta que algunos de estos aspectos, sociales o medioambientales, enunciados como finalidades en el caso de las sociales, pueden formar parte como factores intervinientes en los procesos de producción, comercialización o prestación, modulando y orientando el propio proceso hacia una mejora de la calidad<sup>305</sup> que emparenta y está vinculada al objeto del contrato. Es más, como dice GIMENO, *“la utilización de criterios sociales, en tanto implican una mayor calidad de la*

<sup>305</sup> CHICACO JÁVEGA, E. y RODRÍGUEZ CASTAÑO, A.R., “Las cláusulas sociales en la contratación pública...”, págs. 113–134. Consideran los autores que la estabilidad en el empleo y el mantenimiento de las condiciones de trabajo implican mayores ventajas para la prestación del servicio y añade valor. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sus Sentencias 606/1999, de 30 de mayo de 2003 y 1414/2003, de 6 de octubre, confirman la posibilidad de introducir este tipo de criterios de adjudicación y no exclusivamente como criterio de selección de empresas; o la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato, relativa a la mejora de la empleabilidad, pero de difícil admisión si no va ligada a la creación de empleo de colectivos vulnerables (véase Resolución 130/2016 del TACRC); todas ellas previstas en el artículo 145.2.1 de la LCSP/2017. La citada Sentencia 606/1999, se pronunció a favor del Decreto 213/98, de 17 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, que establecía medidas en la contratación administrativa de la Comunidad, para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, en definitiva criterios objetivos de adjudicación de los contratos, en relación con la estabilidad en el empleo y la contratación de trabajadores con discapacidad por encima del mínimo legal. Ambas sentencias demuestran, al respecto de la cuestión debatida, que no existe en el momento presente una jurisprudencia consolidada contraria la inclusión de este tipo de cláusulas, y sí una evolución doctrinal y legislativa favorable. La Sentencia de 30 de diciembre de 2014, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) concluye que una Norma Foral, a través de la cual se exige el cumplimiento del convenio colectivo del lugar de ejecución del contrato a la empresa que resulte adjudicataria, imponiéndose así el salario que allí se establezca, no vulnera el Derecho comunitario y tampoco el Estatuto de los Trabajadores (ET). En primer lugar, en lo que respecta a si la Norma Foral vulnera la normativa laboral vigente, y concretamente, la posibilidad de descuelgue del convenio colectivo, por un lado, y la prioridad aplicativa del convenio de empresa, por otro lado, el TSJPV señala que la Norma Foral ni establece normas ni desarrolla el ET. Esto es, no se trata de disposiciones normativas en materia jurídico-laboral que repercutan de forma directa e imperativa sobre el campo jurídico de los particulares y las empresas. Si así fuera, está de acuerdo con que la institución foral guipuzcoana carecería de competencia para ello. A su parecer, la Norma Foral establece un conjunto de condiciones contractuales o clausulado general dirigido al sector público subordinado a dicha institución, de forma que la afectación a las empresas licitantes tan solo se produciría por la fuerza del contrato que eventualmente se suscriba y a título de obligaciones surgidas del mismo, y no a título de obligaciones surgidas por Ley o reglamento jurídico.

*prestación, debe servir para «forzar una comparación de ofertas» global, y no para optar entre modelos sociales o no sociales de la oferta»<sup>306</sup>. En este sentido, podemos citar finalidades como los planes de igualdad de género que se aplican en la ejecución del contrato; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual. El Tribunal minimiza la vinculación al objeto del contrato de estas finalidades, concretamente la mejora salarial y la conciliación de la vida familiar y laboral, por entender que no inciden en la mejora del rendimiento del contrato o de su ejecución ni, en definitiva, afectan “al valor económico de la oferta [...]”. Los salarios que la empresa paga a sus trabajadores, incrementando los previstos en Convenio, dice, “no son un aspecto que defina las prescripciones técnicas, ni es útil a los efectos de hacer una evaluación comparativa de las ofertas para elegir la que presente una mejor relación calidad-precio.” Sin embargo, desconoce el Tribunal que, como bien señala PERNAS GARCÍA<sup>307</sup>, que “el concepto de rendimiento, interpretado sistemáticamente en el marco de la Directiva, acoge un rendimiento entendido en un sentido amplio, que remite no solo a consideraciones económicas o funcionales (que afectan, por ejemplo, a la mejor prestación de un servicio), sino también al rendimiento ambiental, social o innovador de la prestación [...] la interpretación restrictiva del concepto de rendimiento, limitado a su vertiente económica o funcional, no tiene base en la Directiva, tampoco a la luz del considerando 92.” (El subrayado es nuestro)*

Cierto también que, como considera el Tribunal de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía, en su Resolución 4/2018, de 26 de noviembre

<sup>306</sup> GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>, “La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP...”, pág. 6.

<sup>307</sup> PERNAS GARCÍA, J. José, “El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: ¿fuente de seguridad jurídica o de confusión en la utilización de criterios o cláusulas ambientales? Análisis de la doctrina del TARC y su perjuicio injustificado al uso estratégico de la compra pública (1)”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 168, julio-agosto 2020, Editorial Wolters Kluwer. Pág. 6.

de 2018, en un recurso interpuesto por la misma entidad recurrente y sobre el mismo asunto, visto en la Resolución 235/2019 citada, pueda no quedar justificada la relación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, calificándola de imprecisa al apelar a conceptos tales como *“mejora del clima laboral”* o *“paz social”*, calificándolos de insuficientes.

Por tanto, la respuesta a esa *casación* de la vinculación con el objeto del contrato está en la debida motivación, para la que no bastan alusiones genéricas de difícil demostración. Por el contrario, debe justificarse por qué, y no en todos, un contrato puede estar diseñado con perspectiva de género, o con intención de compensar las desventajas propias de las personas más vulnerables (discapacidad, parados de larga duración, riesgo de exclusión social, etc.), o de mejorar las condiciones laborales y salariales de las personas al servicio del contrato; que lejos de suponer una discriminación según los trabajadores de la contratista afectados por contratos en la Administración o en el sector privado, implican soluciones a otros problemas de discriminación, pero esta vez en el ámbito funcional de la propia Administración contratante, para según qué servicios, entre empleados públicos directos o personas al servicio de empresas contratistas, donde la comparación entre salario-función-tarea-rendimiento está servida.

Desde este punto de vista, no puede obviarse por completo que la mejora salarial, negada por el Tribunal como criterio de adjudicación, pueda formar parte del contenido delimitador de las especificaciones técnicas, como definidoras de la calidad de la prestación, no solo de las características de su substancia material y de su rendimiento efectivo, su seguridad, envasado, marcado y etiquetado o los procesos y métodos de producción, sino como establece el considerando núm. 99 de la Directiva 2014/24/UE: *“en las especificaciones técnicas los poderes adjudicadores pueden establecer aquellos requisitos sociales que caractericen el producto o el servicio de que se trate, como la accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios.”*, y el artículo 124 *“Pliego de prescripciones técnicas particulares”* de la LCSP 2017: *“sus condiciones sociales y ambientales, de*

*conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley [...]”.*

De este modo, si el objeto del contrato se hace eco de la perspectiva social o medioambiental, si estas características son dominantes en él, atendida la finalidad del contrato, si las prescripciones técnicas delimitan el contenido cualitativo básico de la prestación social que incorpora, aunque sea de un modo accesorio o complementario, si los criterios de adjudicación nos permiten analizar, conforme al rendimiento de las distintas ofertas, un análisis comparativo de las mismas; no cabe duda de que estaremos en presencia de verdaderos criterios de adjudicación, vinculados al objeto del contrato, en los términos de la Directiva, según refiere PERNAS, distinguiendo entre los criterios asociados a la calidad, vinculada con el rendimiento operativo de la prestación intrínseca, y otros como los estéticos, ambientales o sociales, valorados con un rendimiento diferente y en términos de políticas públicas de la prestación.<sup>308</sup>

Pero el TACRC no se queda exclusivamente con el argumento del rendimiento comparado de las ofertas, según las prescripciones técnicas, sino que, apelando nuevamente a la Resolución 4/2018 del Tribunal andaluz, cita las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núms. 220/2017 y 136/2018, que afirman: *“un criterio de valoración consistente en el compromiso de aplicar a los vigilantes de seguridad que presten el servicio objeto de contratación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de*

<sup>308</sup> PERNAS GARCÍA, J. José, “El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales...” El autor distingue entre dos tipologías de criterios, los criterios calidad, entendida en sentido estricto, como rendimiento operativo o funcional de la prestación, pero vinculados a objetivos estratégicos, y criterios estratégicos en sentido estricto, que no tienen incidencia directa en la mejora de la calidad de la prestación, aunque permiten valorar el rendimiento social, laboral o ambiental de las ofertas, pero no necesariamente su repercusión en el rendimiento operativo o económico de la prestación. En este sentido, mantiene que los Tribunales administrativos no pueden exigir que los objetivos de los criterios de adjudicación estén ligados necesariamente a la calidad de la prestación, ni que contribuyan a mejorar la satisfacción de las necesidades operativas directas del órgano de contratación. *“Su intervención debe limitarse a un control de legalidad sobre las cláusulas estratégicas, valorando su adecuación a la LCSP y a los principios generales de la contratación pública. “no pueden interferir sobre la libre definición de los objetivos de políticas públicas que pretenden apoyar los órganos de contratación, en el marco del proceso de preparación del contrato.”*

*Seguridad, no ofrece una relación directa con el objeto del contrato, y no es una cláusula social de las que la Directiva 2014/24/UE permite incluir como criterio de adjudicación.”. Sobre el particular, he dicho en un trabajo anterior<sup>309</sup>, que este tipo de cláusulas, podrían considerarse una mejora introducida por el legislador interno en el proceso de transposición de la Directiva 2014/24/UE, si tenemos en cuenta el alcance del artículo 67 de la misma, en relación con el Considerando núm. 99, que contempla medidas destinadas a “a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate [...] Medidas que, en cuanto motivadoras y concisas de aquel artículo 67, podrían no amparar las correspondientes a la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo, que podría considerarse criterio de solvencia técnica o profesional de los artículos 88 y 90 de la LCSP/2017 [...]”.*

Que no se trata de una cláusula social que la Directiva permita incluir como criterio de adjudicación, ni estar vinculada al objeto del contrato, ni resultar proporcional con el resto de los criterios, vuelve a decirlo la Sentencia núm. 181/2019, de 14 de marzo, del TSJ de Madrid<sup>310</sup>, considerando que el juego de las cláusulas sociales en materia de adjudicación es limitado, siendo por el contrario la fase de ejecución del contrato, donde las posibilidades de emplear cláusulas sociales son mayores. La Sentencia, en apoyo de su tesis, reproduce el contenido parcial de otra de su jurisdicción, de 23 de febrero de 2018, en la que cita jurisprudencia reciente del TJUE, de 26 de marzo de 2015, sentando la doctrina de que “los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar para determinar la oferta económicamente más ventajosa no

<sup>309</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé. “Las cláusulas de Responsabilidad social en la Contratación ...”

<sup>310</sup> Dice la Sentencia, en su fundamento Tercero, que: “la mejora social que los Pliegos contemplan como criterio de adjudicación no tiene cabida entre las que menciona el Considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE, ni es análoga a ninguna de ellas, pues no tiene por objeto proteger la salud del personal que participa en la ejecución del contrato, ni favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables, ni ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate.”.

*se enumeran con carácter exhaustivo en la Directiva. Así, pues dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar. Sin embargo, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa. Y, además, los criterios de adjudicación deben estar «vinculados al objeto del contrato».*

Así pues, según la más reciente doctrina administrativa y jurisprudencia, de un lado, y de acuerdo con la Directiva, podrían tener aptitud para establecerse como criterios de adjudicación todas aquellas características sociales y medioambientales, que tengan cabida entre las mejoras sociales que establece el Considerando núm. 99, vinculados al objeto del contrato (artículo 67) que sirvan para analizar el rendimiento de las ofertas, según lo previsto en las especificaciones técnicas, posibilitando la comparación entre ellas (Considerando núm. 92). De otro, las características sociales previstas en el artículo 145.2 de la LCSP 2017, no son *per se* criterios de adjudicación sino finalidades en el marco de las cuales pueden establecerse estos, cuyos requisitos y efectos hay que localizarlos en la Directiva. No obstante, la rigidez con la que se muestran tanto la Resolución del TACRC que comentamos, como las Sentencias del TSJ de Madrid, se modulan por la Sentencia del TJUE, de 26 de marzo de 2015, al admitir que los criterios de adjudicación no tienen carácter exhaustivo en la Directiva, sin perjuicio de su vinculación al objeto del contrato y de que sirvan para identificar la oferta económicamente más ventajosa. De ahí que, a esta conclusión provisional que intentamos cerrar, debería añadirse la posibilidad de reconocimiento de otros criterios en el marco de las finalidades<sup>311</sup> del citado artículo 145.2, entre los que se encuentran, *“la mejora de las condiciones laborales y salariales, la estabilidad en el empleo, la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato [...] , todos ellos compatibles con el carácter no*

<sup>311</sup> Artículo de opinión, sección “La administración opina”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 161, mayo-junio 2019, Nº 161,1 de may. de 2019, Editorial Wolters Kluwer. Se dice: *“si los criterios de adjudicación pueden tener legítimamente como finalidad la mejora de las condiciones salariales, la mejor manera de cumplir esa finalidad es que el propio criterio de adjudicación valore dichas mejoras.”.*

exhaustivo de la regulación contenida en el artículo 67 de la Directiva; siempre que se vinculen al objeto del contrato en el sentido de este último artículo y el 145.6 de la LCSP 2017, incluidos los factores y las formas de producción, de cuyo contraste con la Resolución del TACRC, nos ocupamos a continuación.

En la Resolución que comentamos, el TACRC reconoce que las sentencias en las que se apoya tuvieron lugar bajo la vigencia del TRLCSP, aunque considera parcialmente válidos sus pronunciamientos con la nueva LCSP 2017. Constata, igualmente, que el artículo 145.6 de esta última amplía los supuestos en que el criterio de adjudicación se encuentra vinculado al objeto del contrato, incluidos los factores que intervienen en determinados procesos pero, a partir de aquí, el Tribunal realiza una serie de afirmaciones con las que no podemos sino mostrar nuestra disconformidad, por los siguientes motivos, asociado a cada uno de los conceptos que se tratan:

- 1) Inciso del Tribunal: *“factores que intervienen en el proceso de prestación de los servicios (uno de los cuales es el «factor trabajo»), que deben referirse especialmente a «formas de prestación socialmente sostenibles y justas»*. El Tribunal asocia, como si de una misma cosa se tratara, factor productivo y forma o método de producción, presumiendo que uno de los inputs que conforman aquellos factores, el correspondiente a trabajo o mano de obra, fuera el propio modelo productivo. Y sabemos, como hemos analizado con anterioridad, que esto no es así. La imprecisión y mezcolanza de conceptos que aparecen en este inciso, nos llevaría a pensar que los factores de la producción, comercialización o prestación sólo pueden tenerse en cuenta como criterios de adjudicación cuando intervienen en procesos o en formas social y medioambientalmente sostenibles y justas. Lo que no es posible, porque lo que expresa el legislador interno es una vinculación al objeto del contrato de los factores productivos (tierra, mano de obra, capital) y de las formas o métodos de producción (combinación de los factores mediante relaciones sociales o técnicas, o la combinación de inputs-outputs) que, en la mayoría de los casos, nada tienen que ver con su substancia intrínseca. Dicho de otro

modo, existirá vinculación al objeto del contrato tanto si nos referimos a la mano de obra, materiales u otros bienes de inversión que sirven para producir las prestaciones del contrato, como a los métodos de producción sostenibles y justos desde el ámbito social y medioambiental. Otra cosa muy distinta es si el criterio de adjudicación será apto para apreciar comparativamente el rendimiento de las ofertas.

- 2) Inciso del Tribunal: *“este Tribunal interpreta que la expresión «socialmente sostenibles y justas» se refiere al nivel mínimo establecido por la normativa de aplicación. En el caso de los salarios, al salario mínimo interprofesional, o al fijado en el convenio de empresa o en el convenio colectivo sectorial de aplicación. Estos niveles salariales son los socialmente justos y sostenibles; por debajo de ellos, no lo son.”*. Menos aún podemos mostrar nuestra conformidad con que el marchamo de las formas o métodos de producción, sostenibles y justas, se refiera al nivel mínimo establecido por la normativa de aplicación, ejemplificado en la Resolución con el salario mínimo interprofesional, fijado en el convenio de empresa o en el convenio colectivo sectorial de aplicación. Antes bien, de una interpretación sistemática de la LCSP 2017, de la Directiva 2014/24/UE, y del resto de normativa y doctrina citada más arriba, debemos interpretar que se refiere a una combinación específica de los factores que pueden tener un impacto significativo en el medio ambiente (artículo 145.3.h), como los métodos de producción ecológicos, forma sostenible que, a su vez, puede ser justa, si nos basamos en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato. Del mismo modo, la combinación de factores o medios sociales, especialmente referidos a personas vulnerables, da lugar a formas de producción o prestación más sostenibles en su finalidad<sup>312</sup> y justas, como se ha explicado. En definitiva, la forma de producción ha de ser sostenible, como nos dice FERNÁNDEZ BUEY, que nos habla de la sustitución de recursos agotados -concepto débil- y también de transmitir a las generaciones futuras un stock de recursos no degradados, a fin de

<sup>312</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo (2005/2245(INI). El comercio justo, dice en sus considerandos A) y B), ha demostrado ser un modo eficaz de fomentar el desarrollo sostenible, de refuerzo de las normas sociales.



perpetuar las condiciones de vida -concepto fuerte-; y justa, esto es, en el marco de un sistema comercial basado en una mayor equidad, prestando atención a criterios sociales y medioambientales.

La ISO 20400, como primera norma internacional sobre compra sostenible, de abril de 2017, define ésta *“como aquélla que tiene los impactos más positivos posibles desde el punto de vista medioambiental, social y económico durante todo el ciclo de vida.”*. La adquisición sostenible, dice ANDRÉS PÉREZ<sup>313</sup> *“implica que las compras sean beneficiosas para la organización, al tiempo que benefician a la sociedad y al medioambiente.”*, y añade, *“definir los contratos públicos en términos de compra sostenible supone asegurar que los proveedores se comporten éticamente, que los productos y servicios sean sostenibles y que los efectos de estas compras ayuden a abordar políticas sociales, económicas y medioambientales.”*

En este sentido, el artículo de opinión recogido en al hablar de las finalidades del art. 145.2, dice que *“el TACRC extrae una interpretación extraña y sorprendente y es que la expresión «socialmente sostenible y justa» se refiere al nivel mínimo establecido por la normativa de aplicación, con lo que está vetando cualquier posibilidad de establecer como criterio de adjudicación mejoras sobre ese mínimo<sup>314</sup>.”*

A partir de aquí, ligar como lo hace el Tribunal el concepto de *libertad de empresa*, que reconoce el artículo 38 de la Constitución, con el *nivel*

<sup>313</sup> ANDRÉS PÉREZ, María del Rocío. “ISO 20400: Primera norma internacional sobre compra sostenible”. *Observatorio de Contratación Pública*, 11 de septiembre de 2017.

<sup>314</sup> *“Esta interpretación vacía de contenido la totalidad del artículo 145.2.1ª; en efecto, no se podría exigir mejora de emisiones de gases de efecto invernadero por debajo de los exigidos en la normativa, no se podrían valorar la existencia de planes de igualdad en empresas no obligadas a ello por la normativa, no se podría valorar la contratación de personas discapacitadas para la ejecución del contrato por encima de lo exigido en la normativa. Esta interpretación del TACRC, al dejar sin contenido un precepto de la ley, no puede ser compartida por nosotros.”*. A lo que PERNAS, añade que no debería tener alcance restrictivo en la determinación de criterios de valoración ambientales, dado que si lo tuviera *“eliminaríamos la posibilidad de introducir criterios de valoración ambientales referidas a los procesos de producción, prestación o comercialización de las prestaciones, orientados a incentivar, por ejemplo, el suministro de energía renovable y de productos ecológicos o derivados de procesos productivos sostenibles.”*

*socialmente sostenible y justo*, para negar cualquier actuación del órgano de contratación que supere el salario mínimo previsto en los convenios de aplicación, no deja de parecernos un despropósito, atendida, en sentido estricto, la acepción de sostenibilidad (mantenimiento prolongado de los recursos) y de justicia social en el ámbito de la compra pública que establece el marco jurídico de aplicación.

Naturalmente que Sentencias como la del TSJ de Madrid, de 14 de marzo de 2019, vienen planteando la ausencia de vinculación al objeto del contrato de cláusulas sociales relativas a un incremento sobre el salario previsto en el convenio de aplicación, ya que *“supone una manifiesta e indebida injerencia en el ámbito de la regulación salarial de los trabajadores, que ha de quedar excluido de los criterios de valoración de ofertas a efectos de la adjudicación de un contrato, por cuanto que si la empresa cumple con los parámetros retributivos establecidos correspondientes a sus trabajadores, no hay razón objetiva para primar la aplicación de una u otra regulación de salarios, máxime cuando, como invoca la parte hoy recurrente, los artículos 84.1 y 2 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores avalan la posibilidad de sustituir los convenios colectivos nacionales por convenios de empresas [...]”*. Pero también hay que reconocer, que si el incremento salarial, lejos de ser discriminatorio, tiene un efecto compensador de diferencias entre quienes trabajan para la Administración, ya sea como empleados propios o de terceros colaboradores, buscando la correcta vinculación al objeto del contrato, según se defina en las especificaciones técnicas, sirviendo a la valoración del rendimiento comparado de las ofertas, siendo además, como es, de libre elección para el contratista, que podrá optar entre “apostar” todo su crédito en puntos a los criterios cualitativos o económicos, o a una combinación entre ambos, y además se cumplen los criterios de la jurisprudencia europea, emanados de la Sentencia Concordia Bus Finland, esto es, que estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan al órgano de contratación una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el Pliego o en el anuncio de

licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación; resulta difícil justificar la exclusión del criterio como mantiene la Sentencia.

- 3) Inciso del Tribunal: *“Asimismo, el artículo 1 de la LCSP proclama como uno de los principios que deben informar la contratación del sector público la estabilidad presupuestaria y el control del gasto.”*. Afirmación con la que hemos de coincidir, por cuanto persigue una utilización eficiente de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios, salvaguardando la libre competencia y, por ende, la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

En este sentido, MEDINA ARNÁIZ<sup>315</sup>, mantiene que la debida vinculación con el objeto del contrato de la mejora retributiva, *“podría contravenir algún otro objetivo capital en materia de contratación pública, como es el de estabilidad presupuestaria y control de gasto.”*

Sin embargo, no podemos obviar que el propio artículo primero manifiesta que la inclusión de criterios sociales y medioambientales proporciona una mejor relación calidad-precio, así como una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos<sup>316</sup>, siempre que guarden relación con el objeto del contrato, cualidad que, en ningún momento, se niega. A lo que

<sup>315</sup> MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”. La autora se refiere a la Resolución 124/2017, de 25 de octubre, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, en la que se señala que un criterio de adjudicación que fomente el incremento de los costes salariales, en especial en aquellos contratos intensivos en mano de obra *“en la medida que a la proposición licitadora que sea adjudicataria, si ha ofrecido esta mejora, le resultará de obligado cumplimiento en la ejecución del contrato y constituirá en el futuro un punto de partida o condición mínima a considerar en las sucesivas licitaciones o, incluso, en su caso, asunciones directas del servicio, ya que estaremos ante un contrato, como se ha dicho, en el que tiene lugar la figura de la subrogación laboral y la preservación de los derechos adquiridos por el personal adscrito a la prestación del servicio.”* Pág. 273.

<sup>316</sup> COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*. Estrasburgo, 3.10.2017 COM (2017) 572 final. La Comisión señala que: *“la nueva generación de directivas sobre contratación pública, adoptadas en 2014, proporciona un marco más flexible para la contratación. [...] el objetivo global es obtener una mejor relación calidad-precio para el dinero público, proporcionar mejores resultados para los objetivos sociales y de otras políticas públicas, al tiempo que se aumenta la eficiencia del gasto público.”*

debe añadirse, como también se viene manteniendo en esta Memoria, siempre que esa mejora del binomio calidad-precio y eficiencia se demuestren convenientemente.

Que la eficiencia social, además de la económica, puede darse, que los beneficios sociales existen, que lo social es bueno *per se*, no se discute apriorísticamente, pero debe demostrarse en la Memoria de necesidad del contrato, la continua adecuación entre las necesidades a satisfacer y el objeto del contrato preciso para satisfacerlas. De modo directo, claro y proporcional, dice el artículo 116.4. e) de la LCSP 2017.

Y claro que, como dice el Tribunal Catalán, en nota señalada al pie, existe el riesgo de lo que podríamos denominar una *inflación salarial*, derivada de un punto de partida como es el reconocimiento de una mejora salarial importante. Pero es que, como mantenemos en esta Memoria, el gestor, en la Memoria de necesidad del contrato, ha de analizar cómo es la estructura salarial y las condiciones de trabajo del colectivo que llevará a cabo la prestación del servicio, si es coincidente con el SMI, si existen o no continuas reivindicaciones salariales que crean conflictos no resueltos, y si hay razones que justifiquen agravios comparativos claros entre colectivos de similar función, que pueden, incluso, prestar servicios bajo las mismas dependencias. Si esto fuera así, todavía no se justificaría la introducción de un criterio de adjudicación de tal factura, sino que habría que ponderar convenientemente el peso de la atribución en puntos para que ésta fuera proporcional a las ventajas cualitativas que se quieren obtener en la prestación del servicio o realización de la obra, en aras de prevenir la conflictividad laboral, como señala el TACP de Madrid, en su Resolución núm. 33/2018, de 24 de enero, en ámbitos que pueden mostrarse especialmente sensibles.

### 3) Referencia a normativa comparada, latinoamericana y europea

Si nos fijamos en el derecho comparado latinoamericano, *Chile*, en su Ley 19886, de 30 de julio de 2003, de Bases sobre Contratos Administrativos de Prestación de Servicios -artículo 6º-, para el supuesto de prestación de servicios habituales, establece una prioridad a favor de aquellos licitadores que oferten mejores condiciones de empleo y remuneraciones, esto es, mayores sueldos sobre el ingreso mínimo mensual y otras remuneraciones de mayor valor, advirtiendo que estas condiciones no pueden establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes. A continuación, fija porcentajes no inferiores al 15%<sup>317</sup> de la puntuación total para la ponderación del citado criterio en los contratos de recogida de residuos y mantenimiento de zonas verdes. Para la ponderación en puntuación de la mejora salarial solo se tendrá en cuenta a los trabajadores empleados directamente en “*acciones operativas del servicio*”.

También *Colombia*, a través de su *Guía de compras públicas socialmente responsables*, hace hincapié en la posibilidad de incluir cláusulas sociales en la determinación de requisitos puntuables y en el contrato. Así prevé que han de ser detalladas y objetivas, vinculadas al objeto del contrato. En cualquier caso, “*no deben reducir la competencia, deben ser transparentes y no deben discriminar.*”.

*Perú*, por su parte, en el Texto Único Ordenado de la Ley núm. 30225, Ley de Contrataciones del Estado, nos habla en su artículo segundo de los principios que rigen las contrataciones públicas, recogiendo el de sostenibilidad ambiental y social, considerando “*los criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano.*”.

<sup>317</sup> Este porcentaje se distribuye en un 70% respecto del monto de retribuciones y el 30% restante para las condiciones de empleo que superen los mínimos legales.

En la Unión Europea, merece citarse *Dinamarca*, su *Public Procurement Act no 1564 of 2015*, establece en la sección 163 que los subcriterios de adjudicación estarán relacionados con el objeto del contrato, y matiza, “*cuando se relaciona con las obras, suministros o servicios que se suministrarán en virtud del contrato en relación con cada aspecto y cada paso de su ciclo de vida [...]*”. A continuación se refiere, como lo hace la Directiva 2014/24/UE, en su artículo 67, a los factores que forman parte de los procesos productivos, suministro o de la comercialización de las obras, suministros o servicios. El precepto no hace referencia al inciso introducido por el legislador español relativo a las formas de producción, comercialización o prestación, ya comentado, pero introduce un aspecto interesante a tener en cuenta, junto a otros principios que localizamos en la STJUE “Concordia Bus”, “*los criterios garantizarán la competencia efectiva para el contrato.*”. Lo que se traduce en la evitación de discriminaciones que no permitan apreciar el rendimiento comparado de las distintas ofertas presentadas a la licitación.

Y en parecidos términos *Finlandia*<sup>318</sup>, que establece que los criterios de comparación deben estar vinculados a la contratación ya sea ésta de una obra, la adquisición de un bien o la prestación de un servicio, en cualquier aspecto y en cualquier etapa de su ciclo de vida, aunque no formen parte de los propios bienes y servicios. De nuevo, fruto de ese denominador común que afecta a los países miembros, se reproducen los principios ya enunciados de no otorgar a la entidad contratante una libertad de elección ilimitada, de evitar la discriminación y de garantizar la posibilidad cierta de una competencia real y efectiva.

También *Italia*<sup>319</sup> se refiere a los principios citados, y a la oferta más ventajosa sobre la base de la relación calidad/precio, siguiendo un criterio de comparación, entre los que cita el ciclo de vida de los productos, o las características sociales y medioambientales (contención del consumo de energía y recursos ambientales, mitigación del cambio climático), economía

<sup>318</sup> *Act on Public Procurement and Concession Contracts 1397/2016*, sección 93.5.

<sup>319</sup> *Decreto Legislativo núm. 50, de 18 de abril de 2016*. Artículo 95.

circular que promueve el medio ambiente y el empleo. Y a la vinculación de los criterios con el objeto del contrato, como hemos visto en Dinamarca, pero al igual que éste último transponen, casi fielmente, el artículo 67 de la Directiva 2014/24, restringiendo la vinculación a los factores involucrados en un proceso específico de producción, suministro o intercambio de estos, sin mención alguna, como lo hace España, a las formas de producción, prestación o comercialización, ya distinguidas en esta Memoria.

En resumen, no todo vale, ni el afán inflacionista de introducir criterios de adjudicación de corte o perspectiva social y medioambiental, como si no existieran más principios, originarios y derivados del derecho de la contratación pública que los provenientes de esta visión estratégica, socialmente responsable; ni el carácter restrictivo de una visión economicista que no tiene en cuenta las posibilidades concurrentes de las estrategias de contratación pública y las políticas activas, cuando, como defendemos en esta Memoria, se acredita la eficiencia en el uso de los fondos públicos. En este sentido, el conjunto de finalidades del artículo 145.2 LCSP 2017, podrá tener o no vinculación con el objeto del contrato en el sentido amplio recogido en el apartado 6 del precepto, incluidos factores y formas de producción y, aunque la tenga, puede que no sirva como orientación de un criterio de adjudicación, incapaz de medir el rendimiento de las distintas ofertas para compararlas entre sí. Pero, no debe descartarse *a priori* que aquellas finalidades, entre las que se encuentra la mejora de las condiciones salariales, bien justificadas, puedan integrarse como criterios de adjudicación, sin necesidad de buscar artificios jurídicos<sup>320</sup>, si están alineadas con el Considerando núm. 92 de la

<sup>320</sup> Así el TACRC, cuando en su Resolución 235/2019, expresa: “El artículo 145.2 de la LCSP permite que los criterios de adjudicación que se establezcan se refieran a las finalidades de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, y de mejora de las condiciones laborales y salariales. Pero no dice expresamente que un criterio de adjudicación pueda referirse directamente a estas cuestiones, sino a esas finalidades, y mucho menos que permita hacerlo por encima de los umbrales mínimos establecidos legalmente. Por ejemplo, un criterio de adjudicación relativo a «la Memoria sobre la prestación del servicio» que valore en mayor medida las ofertas que introduzcan una mayor tecnificación del servicio, podría servir a la finalidad de la conciliación personal y laboral, en la medida en el trabajo se hará de forma más eficiente, pudiendo redundar en la finalidad de permitir en mayor medida la conciliación personal y laboral.”.

Pero de ser así, la consideración de la contratación pública como herramienta estratégica, introducida en las Directivas de 2014, “para gastar el dinero de una manera eficiente y

Directiva, es decir, rendimiento comparado, según las especificaciones del contrato.

Para garantizar la prestación de servicios públicos de alta calidad, dice la Comisión Europea, *“se precisa un planteamiento estratégico de la contratación. Esto depende en gran medida de procesos de contratación pública modernos y eficientes. Para las autoridades públicas, la contratación es una potente herramienta para gastar el dinero público de una manera eficiente, sostenible y estratégica [...]”*

Visto este amplio y relevante Capítulo IV en el que hemos recogido los orígenes de esta visión o perspectiva estratégica de la utilización de la contratación pública, y asistido al tránsito desde una vinculación intrínseca e inherente al objeto del contrato de los criterios de adjudicación, hacia una visión más medial, más instrumental y por ello más estratégica, que sin negar la vinculación al objeto del contrato y de su función asociada al rendimiento comparativo de las ofertas, la hace más laxa para contribuir y apoyar a otras políticas activas sectoriales de las Administraciones Públicas, relativas a los campos social y medioambiental, especialmente; se precisa ahora fijar la atención sobre un aspecto más práctico, como es la integración de la visión en las distintas fases del proceso de contratación.

Es cierto que todavía pugnan principios como la libre competencia, vinculado a la preferente obtención de una ventaja económica para el órgano de contratación, con los principios del desarrollo humano, localizados en los Tratados de la Unión Europea, y la Estrategia Europa 2020, ligando crecimiento

*sostenible”,* carecería de sentido, pues tal y como se dibuja en el ejemplo, la mayor tecnificación del servicio podría servir a infinidad de causas, tales como abaratamiento de los costes de mano de obra, mecanización de procesos, menor empleabilidad, obtención de información en tiempo real, mejora de los flujos de trabajo, mejor control y, en último lugar, quizá, para la introducción de medidas como el teletrabajo que ayuden a conciliar la vida familiar, personal y laboral. Pero, en cualquier caso, el ejemplo no se corresponde con el carácter estratégico y directo que tanto las Directivas de cuarta generación, como la LCSP 2017, imprimen a los aspectos sociales y medioambientales que introducen. Cuando el artículo 145.2, se refiere a finalidades en el ámbito social cabe entender que se trata de un listado no exhaustivo, no cerrado, y por tanto marca pautas y orientaciones dentro de cuyo ámbito podrán diseñarse cláusulas sociales y ambientales, vinculadas al objeto del contrato, no discriminatorias, y capaces de determinar el rendimiento comparado de las ofertas.



A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

innovador, sostenible e integrador, mediante el uso eficiente de los recursos públicos, aspectos clave de la contratación pública, según nos dice el legislador europeo en la Directiva 2014/24/UE. Pero también lo es que, utilizando la expresión aristotélica, “en el término medio está la virtud”, puede contribuirse desde los órganos de contratación a la obtención de obras, servicios y suministros de gran calidad, a buen precio, al tiempo que respetuosos con el medio ambiente y con determinadas características sociales dirigidas a compensar las desventajas de las personas más desfavorecidas.

## **CAPÍTULO V. Capacidad y solvencia del empresario.**

La incorporación de cláusulas de tipo social o medioambiental en esta fase del procedimiento se manifiesta preferentemente en la delimitación de las prohibiciones de contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la LCSP 2017, así como en los criterios de selección a establecer por los órganos de contratación para verificar las condiciones mínimas de solvencia profesional o técnica de los licitadores, que se indicarán en el anuncio de licitación y especificarán en el pliego del contrato, debiendo además estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

La Directiva 2014/24/UE vela, en su artículo 56, por que la oferta cumpla los requisitos, condiciones y criterios establecidos en el anuncio de licitación y en los pliegos, y que haya sido presentada por un licitador no excluido por cualesquiera de los motivos contemplados en el artículo 57.

Como ya dijera la S.T.S., de 19 de septiembre de 2000, *“el procedimiento de selección de contratista ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el supuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos”*.

### **1. Prohibiciones para contratar específicas de los ámbitos social y medioambiental.**

Según declara el preámbulo de la LCSP 2017, en línea con las medidas para luchar contra la corrupción y solucionar conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación, se hace una nueva regulación de las prohibiciones de contratar que aumenta los supuestos de prohibición, modificando la competencia, el procedimiento y los efectos de su declaración.

En principio, como dice el Consejo General del Poder Judicial<sup>321</sup>, *“todas las personas físicas o jurídicas son aptas para contratar con el sector público, si bien la Ley, [...] impone que dichas personas acrediten su solvencia económica, financiera, técnica o profesional o estar debidamente clasificadas cuando así lo requiera la ley, y no encontrarse incursas en una prohibición de contratar. Estas causas, que impiden adjudicar un contrato del sector público a determinadas personas o empresas, en tanto suponen una restricción al ejercicio de sus derechos, deben estar previstas en una ley, [...] atendiendo a los considerandos de la Directiva 2014/24/UE se pretende asegurar la moral de esas personas excluyéndolas de la contratación cuando han cometido determinado tipo de delitos, que, entre otros, incluyen el terrorismo, trata de seres humanos, corrupción, tráfico de influencias, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, pero también buscando asegurar su fiabilidad en el ámbito económico, técnico y profesional.”*

Las prohibiciones de contratar se configuran como una serie de vicisitudes de distinta naturaleza, *“en las que subyacen o se albergan dudas sobre la honorabilidad del contratista, o conflictos de interés [...]”*<sup>322</sup>, de no ser fiables, dice el considerando núm. 101 de la Directiva 2014/24/UE, cuya concurrencia en la persona del licitador impide la progresión en el procedimiento licitatorio y la celebración del contrato. Como impedimentos legales las define GIMENO FELIU, para poder contratar con una entidad del sector público *“al descalificar de los procedimientos de adjudicación a quienes incurran en una serie de supuestos y circunstancias recogidos en la normativa contractual, pero que técnicamente -y en términos civilistas- no suponen una incapacidad de obrar.”* De naturaleza limitativa de derechos nos habla VALCÁRCEL FERNÁNDEZ<sup>323</sup>, negando el carácter sancionador, y apelando a una interpretación restrictiva,

<sup>321</sup> Informe al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, adoptado en acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día 11 de junio de 2015.

<sup>322</sup> *Guía de integridad en la contratación pública local*, Coordinación CAMPOS ACUÑA, Concepción, Coordinadores adjuntos PALACÍN SÁENZ, Bernabé y BATET JIMÉNEZ, Pilar, Bloque VII, Cap. II “Posibilidades de compliance en la mejora de los sistemas de control”, FEMP. Red de Entidades Locales por la Transparencia y Participación Ciudadana, 2019, págs. 271 y ss.

<sup>323</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “Promoción de la igualdad de género a través de la Contratación Pública”, págs. 329–368.

*“que supone que solo pueden considerarse tales las expresamente previstas en ella, sin que los pliegos de cláusulas administrativas de contratos particulares puedan incluir otras distintas.<sup>324</sup>”; de interpretación taxativa, MEDINA ARNÁIZ<sup>325</sup>, “por cuanto suponen una restricción a la participación en la licitación y a la apertura a la competencia [...]”, y de castigo accesorio, GUILLÉN CARAMÉS<sup>326</sup>, “por el grave daño que la comisión de este tipo de conductas tiene para la contratación pública”. La Directiva 2014/24, contempla en el artículo 57 los motivos de exclusión de un operador económico, los cuales fueron pretraspuestos, como dice ALBA PACHECO<sup>327</sup>, a la normativa nacional a través de la Disposición Final novena de la LRJSP, “mediante la modificación de los artículos 60, 61 y la creación, ex novo, del artículo 61 bis del TRLCSP.”.*

Son específicas del ámbito estratégico que tratamos, la condena firme por delitos relativos a la trata de seres humanos, contra los derechos de los trabajadores, y la protección del medio ambiente; el haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad; el haber sido sancionadas por infracción muy grave en materia medioambiental, en *materia* laboral o social<sup>328</sup>; en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean

<sup>324</sup> Véase la Resolución nº 425/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que dice en su Fundamento de Derecho noveno: *“deben tipificarse perfectamente, cuantitativa y cualitativamente, o, dicho de otro modo, han de encontrarse descritas con detalle en las leyes, sin perjuicio de su eventual reiteración en los anuncios del contrato o en los pliegos del clausulado contractual.”*

<sup>325</sup> MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “¿Quién contamina no contrata?, Las prohibiciones de contratar vinculadas a la protección del Medio Ambiente”, Cap. II del libro *Compra Pública Verde*, Directora LAZO VITORIA, Ximena, Ed. Atelier 2018. Pág. 63.

<sup>326</sup> GUILLÉN CARAMÉS, Javier, “La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar por infracciones en materia de falseamiento de la competencia”, artículo del libro *Contratación, Competencia y Sostenibilidad: últimas aportaciones desde el derecho administrativo*, Directores: GUILLÉN CARAMÉS, Javier y HERNANDO RYDINGS, María. Ed. Civitas Thomson Reuters, primera edición 2017.

<sup>327</sup> ALBA PACHECO, Marta, “La aptitud para contratar con las Entidades del Sector Público”, capítulo 13 del libro *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Directora CAMPOS ACUÑA, Concepción, El Consultor de los Ayuntamientos. Wolters Kluwer, Ene. 2018, págs. 477 y ss.

<sup>328</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por R.D. Leg. 5/2000, de 4 de agosto.

trabajadores con discapacidad,<sup>329</sup> en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 50 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad.<sup>330</sup>

Un aspecto relevante, común a estos supuestos, si exceptuamos los casos de la tasa de personas con discapacidad y la inexistencia del plan de igualdad, cuya apreciación se realiza de oficio por el órgano de contratación, es que tanto las condenas penales como las sanciones han de haber adquirido firmeza<sup>331</sup>, y serán apreciadas directamente por los órganos de contratación cuando la sentencia o resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración. En otro caso<sup>332</sup>, si no contuvieran pronunciamiento expreso sobre el particular, el alcance y duración de la prohibición se determinará mediante procedimiento instruido al efecto, que corresponderá al Ministerio de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos competentes autonómicos, y surtirán efectos desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente (arts. 71 a 73 LCSP 2017)<sup>333</sup>.

Tampoco lo es menos la posibilidad contemplada en el Considerando núm. 102 de la Directiva 2014/24/UE, de que los operadores económicos adopten medidas de cumplimiento destinadas a reparar las consecuencias de las infracciones

<sup>329</sup> De conformidad con el artículo 42 del R.D. Leg. 1/2013. De 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

<sup>330</sup> Conforme a lo dispuesto en el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres. El nuevo apartado 2, que fija nuevos umbrales numéricos para las empresas de más de 50 trabajadores, incorporado por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, se aplicará paulatinamente en la forma establecida por la disposición transitoria décima segunda, añadida a su vez, por el art. 1.3 del citado Real Decreto-ley 6/2019.

<sup>331</sup> Cuestión sobre la que se pronuncia Patricia VALCÁRCEL, señalando que no existe unanimidad sobre si el requisito de firmeza se refiere a la vía administrativa o jurisdiccional. Véase la Resolución nº 239/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. También BERMEJO VERA, José, "Las prohibiciones de contratar en la Ley de contratos del sector público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 10, 2008, que entiende por firmeza, la que sea insusceptible de recurso alguno, tanto en vía administrativa como en vía judicial. Pág. 132.

<sup>332</sup> Véase la Resolución 425/2013 del TACRC. En este mismo sentido la SAN 1653/2007, de la Sala de lo Contencioso, de 9 de febrero.

<sup>333</sup> Véase el Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 18 de abril de 2002, sobre criterios interpretativos en la aplicación de la prohibición de contratar prevista en la letra d) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

penales o las faltas que hayan cometido, y a prevenir eficazmente que vuelvan a producirse conductas ilícitas. Si bien, el legislador europeo pone en manos de los Estados miembros la determinación de las condiciones de fondo y de procedimiento aplicables. El mecanismo, que no será aplicable a las prohibiciones derivadas de las condenas firmes por delitos relativos a la trata de seres humanos, contra los derechos de los trabajadores, y la protección del medio ambiente, se concreta en el artículo 72.5 de la LCSP 2017, que permite al operador económico acreditar el pago o compromiso de pago de multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la prohibición de contratar y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia.

Por último, debe indicarse que la celebración de contratos públicos con operadores económicos incurso en alguna de las prohibiciones de contratar señaladas en el artículo 71 de la LCSP 2017, es causa de nulidad, aunque si ésta surgiera formalizado el contrato, no tendrá efectos sobre la validez del mismo<sup>334</sup>.

Las circunstancias citadas dificultan en gran medida la eficaz aplicación de los supuestos de prohibición de contratar, debido al desconocimiento por los órganos de contratación de las condenas y sanciones firmes, que aun no siendo excusa, suponen un tiempo añadido de gestión, casi siempre eludido de la tramitación por falta de mecanismos de centralización y coordinación. De ello se

<sup>334</sup> Véase la STS de 4 de octubre de 2005. Su Fundamento de Derecho Tercero dice: “Como se desprende de los artículos 22 y 63 de la LCAP la adjudicación del contrato a personas que se hallen incurso en alguna de las prohibiciones del artículo 20 determina la nulidad de pleno derecho de la adjudicación, pero este no es el caso de autos, ya que la prohibición a que se refiere la letra a) de dicho artículo 20 nace con la sentencia firme de condena, que en este caso se produjo con posterioridad a la adjudicación, por lo que no puede operar como causa de nulidad del contrato, para lo cual es preciso que el mismo se hubiera celebrado concurriendo dicha causa de nulidad, pues la invalidez del contrato es consecuencia de los vicios concurrentes al tiempo de su celebración, como se desprende del art. 61 de la L.C.A.P. (Texto Refundido), según el cual, los contratos regulados en dicha Ley serán inválidos cuando en los actos preparatorios o el de adjudicación concurra alguna de las causas a que se refieren los artículos siguientes. Mientras que la resolución de los contratos opera por causas posteriores y presupone la existencia de un contrato válido ( SS. Sala 1ª 14-6-88 y 20-6-96 )”

deriva el perverso efecto contrario al que se pretendía con la fijación de los supuestos, de modo que lo que nació siendo una medida disuasoria al incumplimiento de normas ajenas a la compra pública, se convierte en un trámite vacío, pero cuantificable en lo económico, y en un desperdicio de recursos dedicados, al menos, a la verificación formal de requisitos.

Pero, veamos estos supuestos específicos con mayor detenimiento:

### **1.1. Condena firme por delitos relativos a la trata de seres humanos, contra los derechos de los trabajadores, y la protección del medio ambiente**

La Directiva 2014/24/UE, se refiere al supuesto en su artículo 57 f), aunque no define el tipo delictivo, sino que se remite a lo dispuesto en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>335</sup>. El Considerando núm. 1 de esta última señala que *“la trata de seres humanos es un delito grave, cometido a menudo dentro del marco de la delincuencia organizada, constituye una grave violación de los derechos humanos y está prohibida explícitamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Evitar y combatir la trata de seres humanos es una prioridad para la Unión y los Estados miembros.”*

Los delitos contra los derechos de los trabajadores<sup>336</sup>, contemplan los supuestos de: imposición a trabajadores de condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos

<sup>335</sup> Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

<sup>336</sup> STS 5-04-17 (Rc 1087/2016) ECLI:ES:TS:2017:1303. Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, año judicial 2016-2017. La Sala recoge los elementos del delito contra los derechos de los trabajadores tipificado en el artículo 311.1 CP. *“El primero de ellos es la imposición condiciones laborales que limiten los derechos que los trabajadores tienen reconocidos legalmente. El segundo, que haya existido un engaño por parte del empresario. El tercero, el abuso del estado de necesidad en que se encuentre el trabajador. El cuarto, que exista una violación del orden público social, a fin de poder distinguir entre lo relevante desde un punto de vista penal y aquello que sea una simple infracción administrativa. El quinto, que se trate de una actuación dolosa. Y el último, que por tratarse de un delito de resultado cortado, se consuma con la sola privación del derecho, sin que sea necesaria la causación de perjuicio alguno.”*

reconocidos por disposiciones legales, convenio colectivo o contrato individual, ocupación simultánea de una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta al régimen de la Seguridad Social, y los que mantengan las condiciones anteriores en el caso de transmisión de empresas.

Igualmente se tipifican, dar empleo a ciudadanos extranjeros o menores de edad que carezcan de permiso de trabajo, el tráfico de manera ilegal de mano de obra, el ofrecimiento de empleo en condiciones de trabajo engañosas o falsas, el favorecimiento de la emigración simulando contrato o colocación, la grave discriminación en el empleo por razón de ideología, religión o creencias, pertenencia a etnia, raza o nación, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, o por el uso de las lenguas oficiales dentro del Estado, cuando no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa.

También la limitación del ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga, mediando engaño o abuso de situación de necesidad; o no facilitar los medios necesarios para la seguridad e higiene de los trabajadores, de modo que se ponga en peligro grave su vida, salud o integridad física, mediando infracción de las normas de prevención y riesgos laborales.

Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente<sup>337</sup>, expresión no enteramente coincidente con la recogida en el artículo 71 de la LCSP 2017 (Protección del Patrimonio histórico y el medio ambiente), comprenden: la provocación de emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos vibraciones, inyecciones o depósitos en

<sup>337</sup> La STS 14-12-16 (Rc 945/2016) ECLI: ES:TS:2016:5469 se pronuncia sobre el artículo 325 del Código Penal, en su redacción vigente cuando ocurrieron los hechos, anterior a la dada por la LO 5/2010, diciendo: *“es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave al bien jurídico protegido. Una vez precisada la conducta, debe identificarse el riesgo creado o que la conducta es capaz de crear, o en su caso, el daño causado como concreción de tal riesgo. En tercer lugar, del riesgo debe predicarse su gravedad. Finalmente, se exige la infracción de alguna de las leyes o disposiciones normativas reguladoras de aquel tipo de actividades.”*



la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, incluido el alta mar, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

Ninguno de los instrumentos normativos vistos, regulaciones especiales de política criminal -apunta MEDINA-, invocadas por la LCSP 2017, tiene en cuenta la contratación pública como apoyo para la prevención y la lucha contra estas conductas ilícitas, aunque no resulta difícil imaginar sus beneficios. Desde el punto de vista de la contratación pública, el bien jurídico protegido es el de salvaguardar el interés público implícito<sup>338</sup> en el derecho a la buena administración de nuestros ciudadanos, una administración que repele a aquellos licitadores que no puedan acreditar una suficiente honorabilidad, con independencia de su solvencia para realizar el objeto del contrato con las habilidades y pericia necesarias. En este sentido, queda patente, también en la fase de selección del procedimiento de contratación, en la que se inscribe la acreditación de la capacidad y solvencia del empresario, el carácter instrumental y estratégico de la contratación, al perseguir una finalidad que trasciende la meramente económica, teniendo en cuenta igualmente un aspecto subjetivo como es la apreciación de la corrección ética y cívica de las actuaciones de los operadores económicos, que puedan poner en tela de juicio su integridad, según dice el Considerando núm. 101 citado de la Directiva 2014/24/UE.

<sup>338</sup> De intereses implícitos en los procedimientos de adjudicación contractual público, desde la igualdad y la leal competencia entre operadores económicos, los califica el profesor GIMENO FELIU, en su obra *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Thomson Reuters, primera edición 2019, pág. 191. En el mismo sentido, la profesora MEDINA ARNÁIZ, Teresa, en Cap. Segundo “Las Cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo” del libro *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, directoras GARCÍA ROMERO, Belén y PARDO LÓPEZ, María Magnolia, Edit. Aranzadi, 2017, págs. 55 y ss., indicando que este objetivo (interés público), “no se limita a proteger los intereses ínsitos en la contratación, sino que trasciende de ellos al tratar de potenciar el factor disuasorio de las prohibiciones induciendo a un compartimiento respetuoso con el resto del ordenamiento jurídico.”

De este modo, la barrera que suponen los distintos supuestos de prohibiciones para acceder a la compra pública, especialmente los tratados en esta Memoria, aíslan a los operadores económicos que no demuestran tener la probidad requerida por la normativa de contratación, trascendiendo así los meros requisitos de solvencia técnica y económico-financiera. En consecuencia, las prohibiciones de contratar se erigen en un importante aliado de la consecución de beneficios sociales a través de la contratación pública, en una especie de portal de entrada de aspectos sociales y medioambientales, lejos del debate que caracteriza su inclusión en otras fases del procedimiento, concretamente como criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución, como veremos más adelante. Y es que las prohibiciones de contratar que, como dice MEDINA, tienen un efecto restrictivo de la capacidad de obrar, y naturaleza subjetiva, pues afecta a las cualidades personales de los sujetos, fueren personas físicas o jurídicas, no se relacionan con las cualidades intrínsecas de la prestación, son requisitos que trascienden el proyecto, programa, plan o propuesta de la obra, suministro o servicio que constituye el objeto del contrato. Basta su carácter legal, tasado y una interpretación restrictiva de las mismas para que, pese a no tener que ver con el objeto del contrato, sino con las cualidades subjetivas de los operadores económicos, sirvan para tener en cuenta determinadas características que contribuyen a ensanchar el espacio de la visión socialmente responsable de la contratación pública, a condición de que los órganos de contratación lleven a cabo las necesarias tareas de comprobación de los supuestos, lo que no será fácil.

## **1.2. Sanción firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.**

Dejamos los instrumentos de política criminal, vistos en el apartado anterior, para adentrarnos en la categoría de las infracciones administrativas, cuando éstas hubieren sido sancionadas y ganado firmeza las resoluciones impositoras. Pero al igual que aquéllos, la LCSP 2017 únicamente invoca las

normativas de orden público cuya vulneración dará lugar al establecimiento de una prohibición de contratar<sup>339</sup>; razón por la cual se han de tener en cuenta:

- La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, primera norma en la materia aprobada en España, cuyo objetivo es regular la atención y apoyos de las personas con discapacidad y sus familias, en el marco de los artículos 9, 10, 14 y 49 de la Constitución. Esta norma, según se establece en su exposición de motivos, participa de la idea de amparo especial y de la adopción de medidas de equiparación para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, y establece medidas de integración laboral que, posteriormente, se incorporaron a la Ley de Empleo<sup>340</sup>, concretamente a su eje 3. “Oportunidades de empleo”, que tiene por objeto incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, con especial consideración a las personas con discapacidad.
- La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En particular, recoge el Considerando núm. 11, que la discriminación por motivos de discapacidad puede poner en peligro la consecución de los objetivos de lograr un alto nivel de empleo y de protección social, previstos en el Tratado de la UE. En este sentido, dice el art. 5, “Ajustes razonables para las personas con discapacidad”, que los empresarios tomarán las medidas adecuadas para permitirles acceder al empleo o progresar adecuadamente, exceptuando el supuesto de que esas medidas les supongan una carga excesiva.

<sup>339</sup> PUERTA SEGUIDO, Francisco, PUNZÓN MORALEDA, Jesús, “Contratación pública socialmente responsable y discapacidad. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 159, enero-febrero 2019, Editorial Wolters Kluwer, pág. 4. Dicen los autores que: “a los efectos que ahora nos interesan conviene destacar que las causas de prohibición de contratar previstas en el artículo 71 de la LCSP, en particular las referidas a vulneraciones de los derechos de las personas discapacitadas, deben integrarse con las previsiones contenidas en la legislación laboral de aplicación.”

<sup>340</sup> Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo.

- El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, concretamente su artículo 15, “Infracciones graves”, que considera como tal el incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo, o de la aplicación de sus medidas alternativas, de carácter excepcional<sup>341</sup>.
- El Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>342</sup>, en el que se reconoce que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano, y observa que estas personas siguen encontrando barreras para participar, en igualdad de condiciones con las demás, en la vida social.
- El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. La más reciente norma especial contempla la delimitación de ámbitos<sup>343</sup> sobre los que se aplicarán

<sup>341</sup> Véase artículo 42.1, segundo párrafo del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. *“De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83. 2 y 3, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.”*, como las previstas en el R.D. 264/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad.

<sup>342</sup>La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008; supone la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, considerándolas sujetos titulares de derechos, encomendando a los poderes públicos su garantía, para que sean plenos y efectivos.

<sup>343</sup> Dice el artículo 5. de la Ley, que *“Las medidas específicas para garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal se aplicarán, además de a los derechos regulados en el Título I, en los ámbitos siguientes:*

*“a) Telecomunicaciones y sociedad de la información.*

*b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.*

*c) Transportes.*

*d) Bienes y servicios a disposición del público.*

*e) Relaciones con las administraciones públicas.*

las medidas específicas para garantizar la igualdad de oportunidades, la accesibilidad universal, la protección a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la vida independiente y, por lo que a esta parte de la Memoria interesa, el *Derecho al trabajo* regulado en su capítulo VI, tanto en lo concerniente al empleo ordinario, que conoce de la adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad y la cuota de reserva de puestos de trabajo que veremos más adelante, al empleo protegido, en cuyo marco se regulan los Centros especiales de empleo y los enclaves laborales, como al empleo autónomo, dirigido al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, o a través de entidades de la economía social. Pero se echa de menos en esa actividad promocional alguna referencia al carácter instrumental de la contratación pública, aunque es evidente que el legislador lo ha tenido en cuenta entre los supuestos del artículo 71 de la LCSP 2017.

Integración laboral, igualdad de oportunidades, no discriminación y reserva de puestos de trabajo, son características que definen cómo debe ser la relación de las personas con discapacidad con los poderes públicos, los operadores económicos y la sociedad en general. Sin embargo, a los efectos que se estudian, esto es, como uno de los supuestos impeditivos para contratar con el sector público, y sobre la base del principio de tipicidad que afecta igualmente al derecho sancionador, sólo es posible tener en cuenta aquéllas conductas que hayan sido descritas como infracción, de carácter grave<sup>344</sup>, sancionadas por la autoridad competente y devenidas

f) *Administración de justicia.*

g) *Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico.*

h) *Empleo.*”

<sup>344</sup> Deben entenderse igualmente comprendidas las muy graves, previstas en los artículos, 81 del Real Decreto Legislativo 1/2013 y 15 del Real Decreto Legislativo 5/2000, aunque la LCSP 2017 las omite, porque, en realidad, lo que se sanciona es la disconformidad con la normativa vigente y, si como hemos dicho, el bien jurídico protegido es la salvaguarda del interés público implícito en el derecho a una buena administración, no podría sostenerse, únicamente en aras de los principios también estudiados en el apartado de interpretación restrictiva o taxativa, la omisión a la sanción por infracción muy grave. Téngase en cuenta que forman parte de este último elenco infracciones tales como: Obtener y disfrutar indebidamente de subvenciones o ayudas de fomento del empleo, la discriminación en el acceso al empleo de las personas con discapacidad, obligaciones específicas en materia de formación profesional para el empleo, las

firmes. Y, en este sentido, aunque hayamos partido de la delimitación de contenidos de la normativa vigente, solo sirven a nuestro propósito las infracciones contenidas en las mismas, tales como las que se hacen explícitas en los artículos, 81 del Real Decreto Legislativo 1/2013 y 15 del Real Decreto Legislativo 5/2000.

### **1.3.Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad**

Especial mención merece la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, prevista en el apartado 1.d) del artículo 71, asociado al incumplimiento del requisito, previsto en el artículo 42 del R.D.Leg. 1/2013, y referido a empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores, de contar con al menos el dos por ciento de trabajadores con discapacidad. El cómputo de estos trabajadores se realizará sobre la plantilla total de la empresa con independencia del número de centros de trabajo y de la vinculación laboral de los trabajadores, incluidos los contratos de puesta a disposición que se hayan celebrado con empresas de trabajo temporal. Incluso, para el cumplimiento del requisito<sup>345</sup>, podrán aplicarse las medidas alternativas recogidas en el R.D. 264/2005, de 8 de abril, tales como la celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes propios del desarrollo productivo de la empresa que opta por

conductas de acoso relacionadas con la discapacidad, o el incumplimiento reiterado de requerimientos administrativos específicos.

<sup>345</sup> En este sentido, PUERTA SEGUIDO, Francisco, PUNZÓN MORALEDA, Jesús, "Contratación pública socialmente responsable y discapacidad...", pág. 5"

Por su parte, MEDINA ARNÁIZ, en "Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo", Capítulo Segundo del libro *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Directoras GARCÍA ROMERO, Belén y PARDO LÓPEZ, María M., Ed. Thonsom Reuters Aranzadi, 1ª edición 2017, págs. 55 y ss., precisa la autora que su falta de concreción en el texto vigente puede producir una situación de inseguridad jurídica para los licitadores "al considerar que no se autorizan medidas alternativas de cumplimiento, cuando en mi opinión, la causa habilitadora de la prohibición de contratar es el incumplimiento de la normativa y no parece que la legislación de contratos sea el lugar adecuado para exigir un mayor compromiso hacia el colectivo de la discapacidad que el que impone la normativa que le es propia."

esta medida, o para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa; la realización de donaciones y acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, en las condiciones previstas en el artículo 2; y la constitución de un enclave laboral, mediante contrato con un centro especial de empleo, según lo previsto en el R.D. 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

El supuesto cuenta con una connotación que le dota de ambivalencia desde su consideración como prohibición de contratar. Así, de un lado puede tenerse en cuenta dentro del apartado 1.b) del artículo 71, si la empresa hubiere sido sancionada por la comisión de una infracción grave del artículo 15.3<sup>346</sup> del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; y sin necesidad de sanción alguna, bien porque ésta no hubiera concluido su tramitación y ganado firmeza, bien porque no se hubiera detectado la infracción por los servicios laborales competentes; podrá aplicarse la prohibición directamente, después de su desarrollo reglamentario, por el órgano de contratación (artículo 72.1.), constatando simplemente que no reúne el requisito, supuesto contemplado en el apartado 1.d) del artículo 71. Esta ambivalencia dota a la prohibición de una mayor versatilidad por cuanto no se ve afectada por los problemas de inseguridad jurídica en la determinación de la firmeza de las resoluciones sancionadoras o de coordinación informativa, que dificultan en gran medida, como hemos dicho, la eficaz aplicación de los supuestos de prohibición de contratar. Pero igualmente, de una mayor ambigüedad, en lo tocante al supuesto contemplado en el artículo 72.5, cuando la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas fijadas en sentencia o resolución administrativa y hubiere adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas; ya que, de un lado, el órgano de contratación podría aplicar esta medida de clemencia, no procediendo la prohibición, y de otro, podría aplicar el directo, aunque condicionado, supuesto

<sup>346</sup>Artículo 15.3.: *El incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional.*”

objetivo contemplado en el apartado 1.d) del artículo 71, al margen de la resolución sancionadora y de la citada medida de clemencia.

En mi opinión, atendida una vez más la finalidad de interés público ínsita en la prohibición, no cabe la aplicación directa del apartado d) si se cumplen los requisitos del artículo 72.5, por cuanto la causa de exclusión del procedimiento se habría levantado con las medidas sanadoras previstas en el mismo, desplegando plenamente sus efectos sobre la aplicación directa condicionada del apartado d), convirtiéndose, por tanto, en una especie de ficción jurídica que suspende su aplicación entretanto subsistan los compromisos de la empresa afectada. Es decir, en el juego de desvalores -incumplimiento del requisito de contar con un 2 por cien de trabajadores con discapacidad y haber sido sancionada la empresa por infracción grave- debería optarse por las medidas de rehabilitación, que sin omitir el reproche pertinente a la conducta culposa preservan, en aras del interés público, una mayor concurrencia en la licitación.

Como ya hemos adelantado, hay que tener en cuenta que la directa aplicación del citado apartado d), en lo referido a las personas con discapacidad, está pendiente de desarrollo reglamentario y que, por tanto, como bien señala el TACRC<sup>347</sup>, *“el único efecto de la acreditación del cumplimiento de las obligaciones porcentuales referidas a personas con discapacidad es el previsto en la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP: el que le den los pliegos, como preferencia a efectos de adjudicación. No se constituye, pues, en requisito de aptitud cuyo incumplimiento deba determinar la exclusión.”*. Indudablemente el TACRC se refiere a la normativa anterior, la prevista en el TRLCSP, cuya D.A. cuarta, trae causa de la D.T. décima “Prohibición de contratar por incumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad” del mismo texto legal, introducida por la LRJSP, que demoraba la efectividad del supuesto de prohibición al desarrollo reglamentario en el que se establecería *“qué ha de entenderse por el cumplimiento de dicho requisito a efectos de la prohibición de contratar y cómo*

<sup>347</sup> TACRC, Resolución núm. 539/2018, de 1 de julio, FJ séptimo.



*se acreditará el mismo, que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.”*, al tiempo que, en su apartado 2., concedía a los órganos de contratación la posibilidad de ponderar el cumplimiento del requisito dispuesto en el R.D.Leg. 1/2013, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o medidas alternativas.

Pues bien esta ponderación, el TACRC la refiere a la única posibilidad de utilización que confiere la D.A. cuarta del TRLCSP, esto es, como desempate entre proposiciones más ventajosas y como preferencia en la adjudicación del licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

Sin embargo, la LCSP 2107, que sustituye al TRLCSP, no contiene una disposición adicional equivalente. En mi opinión, mientras llega el desarrollo reglamentario, debe tenerse en cuenta a efectos interpretativos la derogada disposición adicional cuarta del TRLCSP, en concordancia con la DT décima introducida por la LRJSP, asumiendo que, aunque el supuesto de prohibición previsto en el artículo 71 d) relativo al incumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad no es de aplicación, el órgano de contratación puede incorporar a los PCAP una cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, exigiendo, como dice el TACRC *“que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas.”*. El dato puede utilizarse como criterio de desempate, previsto en el artículo 147 de la LCSP 2017, tanto si se establece expresamente en los pliegos, apartado 1, como si no, apartado 2.

#### 1.4. Sanción por infracción muy grave en materia medioambiental

Continuamos por este recorrido de los supuestos de prohibición próximos a la temática estratégica e instrumental que tratamos, basados igualmente en el incumplimiento de determinada normativa especial, cuyo interés para el legislador de la contratación pública, reside en la salvaguarda de los principios por los que se conduce la conservación del medio ambiente. Al igual que en el supuesto anterior, el artículo 71 de la LCSP 2017, en su apartado 1.b) tipifica las sanciones administrativas firmes, aunque de carácter muy grave, en materia medioambiental.

De entrada, ya se aprecia una diferencia importante con la regulación anterior, la contenida en el artículo 60. 1.c) del TRLCSP. En éste se recogen exhaustivamente las normas<sup>348</sup> de aplicación cuya vulneración, si es sancionada por infracción muy grave, una vez firme, da lugar al nacimiento de la prohibición de contratar, siempre, claro está, que el alcance de la misma se hubiera fijado en la Resolución impositora. La falta de concreción en el nuevo precepto acarrea una cierta dosis de inseguridad jurídica, porque es evidente que los órganos de contratación no deben dejar de aplicar el supuesto para aquellas conductas que en el ordenamiento jurídico de carácter medioambiental se tipifiquen como muy graves. La profesora MEDINA ARNÁIZ<sup>349</sup> se refiere a las normas que tengan establecidas la protección al medio ambiente como eje principal y cita algunos ejemplos, tales como control

<sup>348</sup> Así, la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental; en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en el Texto Refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, aprobado por R.D.Leg. 1/2016, de 16 de diciembre.

<sup>349</sup> MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “¿Quién contamina no contrata?”, Las prohibiciones de contratar vinculadas a la protección del Medio Ambiente”, del libro Cap. II del libro Compra Pública Verde, Directora LAZO VITORIA, Ximena, Ed. Atelier 2018. La autora extraña ya en la aprobación de la LCSP 2007, la no inclusión de otras leyes estatales, tales como la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, o la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico. Pág. 62 y ss.

de la contaminación o protección de los recursos naturales, normativa reguladora de autorizaciones ambientales, en materia de vertidos, de residuos, aguas, calidad del aire, fauna, etc., tanto en el ámbito estatal como en el autonómico. Por su parte, la profesora LAZO VITORIA<sup>350</sup>, nos dice que la LCSP 2017, sobre la base de la amplia previsión establecida en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, ha introducido una notable ampliación de las infracciones administrativas, sin acotar ningún grupo de leyes.

Por nuestra parte, podemos completar esta aproximación normativa con: la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido; la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental; la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, modificada por la Ley 21/2015, de 20 de julio, de Montes; la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; el Real Decreto-Ley 11/2005, de 22 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de incendios forestales; la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental; la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera; la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural; la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección del Medio Marino; el Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas; y la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales, entre otras, incluidas las normativas de ámbito autonómico.

Por tanto, habrá de estarse a la delimitación de tipos, calificados de muy graves, llevada a cabo por la normativa medioambiental vigente, entre las que se encuentran las anotadas, citadas de modo no exhaustivo, siempre que la Resolución aprobatoria de la imposición de la sanción correspondiente contemple, como dice el artículo 72 en su apartado 3. de la LCSP 2017, la

<sup>350</sup> LAZO VITORIA, Ximena, "La perspectiva ambiental de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, especial referencia al coste del ciclo de vida", Cap. V del libro *Compra Pública Verde*, Directora la autora, Ximena, Ed. Atelier 2018. Pág. 131.

duración y alcance de la prohibición, ya que en otro caso habrá de seguirse el procedimiento previsto en el mismo.

### **1.5. Sanción por infracción muy grave en materia laboral o social**

El apartado 1.b) del artículo 71 de la LCSP 2017 contempla igualmente el supuesto de infracción muy grave en materia laboral o social, aunque en este caso, la precisión con que se establece la normativa incumplida, por referencia al Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el R.D.Leg. 5/2000, de 4 de agosto, hace más segura su aplicación. Como en el supuesto medioambiental, también se trata de una infracción muy grave, salvo la calificada como grave en el artículo 22.2 del citado texto legal (no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido), siéndole de aplicación el resto de los requisitos ya vistos sobre firmeza, duración y alcance de la prohibición.

El texto de referencia contiene dos grandes rúbricas, los Capítulos II y III, que aglutinan las infracciones en materia laboral y de Seguridad Social, y una relativa a Responsabilidades y sanciones, cuya sección 2ª de normas específicas, recoge la subsección 3ª bis, correspondiente a responsabilidades empresariales específicas en materia de igualdad, tales como pérdida de ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo. En ambas, se delimitan los tipos infractores calificados de muy graves, entre los cuales, sin ánimo de exhaustividad se contemplan del lado laboral, materias tales como la protección de la seguridad y salud, incluidas las especialidades propias de la Ley de Subcontratación en el sector de la construcción, el deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de salud, la discriminación directa e indirecta por circunstancias de sexo, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, o las discriminaciones de acceso al empleo por motivos de sexo; y del lado de Seguridad Social, materias tales como la falta de ingreso, en la forma y plazos establecidos, de las cuotas que recauda la Tesorería General de la Seguridad Social, el

falseamiento de documentos para la obtención fraudulenta de prestaciones, la comunicación de datos falsos, o la simulación de actuaciones formativas programadas por las empresas.

### **1.6. Incumplimiento de la obligación de contar con un plan de igualdad**

El supuesto, regulado en el apartado 1.d) del artículo 71, al igual que el requisito de que en empresas de 50 o más trabajadores, al menos el 2 por ciento de sus empleados lo sean con discapacidad, integra una prohibición de contratar cuya apreciación es directa por el órgano de contratación, y subsistirá mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan. Así lo prevé el artículo 72. 1.

La limitación se refiere en este caso a las empresas de más de 250 trabajadores que no cumplan con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres (en adelante Ley de Igualdad).

La Ley declara, en la parte III de su Exposición de Motivos, la necesidad de establecer determinadas medidas de promoción de la igualdad efectiva en las empresas privadas, como las que se recogen en materia de contratación, materializadas en su contenido regulatorio como potestativas condiciones especiales de ejecución (artículo 33), de aplicación para todas las Administraciones Públicas y, en particular, para la Administración General del Estado (artículo 34) que podrán ser de contenido obligatorio, según disponga el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral.

Sin embargo, en materia de prohibición de contratar, la Ley de Igualdad no contiene previsión alguna, sino que es la propia LCSP 2017, la que apoyándose en una finalidad de interés público, como es la preservación del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo,

decide establecer una barrera de entrada a la contratación pública, dirigida a aquellas empresas, de más de 250 trabajadores, que no cuenten con un plan de igualdad, el previsto en la vigente redacción del artículo 45 de la Ley de Igualdad<sup>351</sup>. Por tanto, de acuerdo con esta última redacción, el plan de igualdad referido en la LCSP 2017, pasa a ser obligatorio para empresas de cincuenta o más trabajadores, sin perjuicio de su aplicación conforme establece el artículo 1.3 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, introduciendo una nueva disposición transitoria, la décima segunda, a la Ley de Igualdad<sup>352</sup>.

No puede hablarse en el supuesto analizado de ambivalencia como prohibición de contratar (infracción muy grave en materia laboral y no posesión o no aplicación del Plan), tal y como se ha dicho respecto del incumplimiento del requisito de que al menos el 2 por ciento de los empleados sean trabajadores con discapacidad, en empresas de 50 o más trabajadores, puesto que la no elaboración o la no aplicación del plan de igualdad, actos típicos previstos como infracción grave en el apartado 17. del artículo 8 de la Ley 5/2000, de 4 de agosto, no reúne la característica de *muy grave señalada* en el apartado 1 b) del artículo 71 de la LCSP 2017.

## 2. Criterios de selección y medios de acreditación.

Se ha hablado en el apartado anterior del carácter instrumental y estratégico de la fase de selección del procedimiento de contratación en el que se inscriben las prohibiciones de contratar, desde un punto de vista subjetivo, puede decirse en

<sup>351</sup> Entiéndase en la modificación operada mediante el artículo 1 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

<sup>352</sup> *“las empresas de más de ciento cincuenta personas trabajadoras y hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras contarán con un periodo de un año para la aprobación de los planes de igualdad. Las empresas de más de cien y hasta ciento cincuenta personas trabajadoras, dispondrán de un periodo de dos años para la aprobación de los planes de igualdad. Las empresas de cincuenta a cien personas trabajadoras dispondrán de un periodo de tres años para la aprobación de los planes de igualdad.”*

Estos periodos de transitoriedad se computarán desde el día 7 de marzo de 2019, fecha en que tuvo lugar la publicación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, en el “Boletín Oficial del Estado”,

abstracto, que aprecia la corrección ética y cívica de los operadores económicos, al margen de su capacidad técnica y económica, referida y vinculada a la prestación. En éste, nos ocupamos de la solvencia de los operadores económicos, igualmente anudada a la estrategia de la organización pública para conseguir bienes y servicios de gran calidad, al mejor precio, con el mayor beneficio social y con el menor impacto medioambiental. En efecto, siguen siendo cualidades subjetivas de las empresas, no obstante, vinculadas al objeto del contrato, y se distinguen de los criterios de adjudicación por el objetivo de esta fase, según reza en el apartado 2.2. “Requisitos sobre la capacidad técnica de los candidatos”, de la COM (2001 medioambiental)<sup>353</sup>, de 4 de julio, de *“determinar aquellos candidatos que el poder adjudicador considera capaces de ejecutar mejor el contrato. Por consiguiente, los diversos requisitos tienen que tener una relación directa con el objeto o con la ejecución del contrato que se licita.”*, diferencia sobre la que el TJUE se ha pronunciado, en la sentencia Beentjes, diciendo que no deben confundirse las normas y criterios utilizados en estas dos fases (selección y adjudicación), porque podría ocurrir, como dice la Comisión Europea en el Libro Verde<sup>354</sup>, *“que un contrato no se atribuya a la oferta aparentemente mejor, sino a la presentada por un candidato con más experiencia o peso financiero que los demás.”* En parecidos términos, la Resolución 55/2016, del TACP de Madrid<sup>355</sup> y la Resolución 910/2016 del TACRC. Se hace, no obstante, la salvedad de que una misma experiencia, fijada en su mínimo, pueda servir para acreditar la solvencia técnica o profesional, y su

<sup>353</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Bruselas, de 4 de julio de 2001 COM (2001) 274 final.

<sup>354</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente...*, pág. 12 del texto.

<sup>355</sup> El TACP de Madrid, afirma en su fundamento Quinto, que: la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y la Jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa atinentes a características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta. Esta diferenciación se ha utilizado, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello, porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto, esto es, atinente a las características objetivas de la empresa, independientemente del producto o servicio ofertado.

exceso para ser valorado mediante criterio de adjudicación (TACP de Madrid, Resolución 186/2018, de 4 de julio).

Las Comunicaciones de la Comisión Europea de 2001<sup>356</sup>, sobre las posibilidades de integrar aspectos sociales y medioambientales, permiten hacer la integración para comprobar la capacidad técnica de los candidatos o licitadores, basándose en los documentos enumerados en las Directivas. De este modo, la vigencia de su orientación, debe asociarse a las Directivas de 2014, y a los respectivos criterios de selección que en ellas se establecen.

Bajo la rúbrica “Criterios de selección cualitativa”, la subsección 1 de la Sección 3, del Capítulo III, del Título II de la Directiva 2014/24/UE, regula los motivos de exclusión de los operadores económicos, ya vistos, bajo la transposición de prohibiciones de contratar, los criterios de selección, los medios de prueba, y el recurso a las capacidades de otras entidades, todos ellos relativos a la solvencia, técnica y económica, de las empresas como aptitud para contratar con el sector público. Estos criterios, determinan, como bien dice el profesor GIMENO FELIU, *“quién puede y quién no puede ser contratista en atención a la situación personal del candidato o licitador, a su capacidad económica y financiera, a sus conocimientos técnicos, a su experiencia [...]”*

<sup>356</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COM (2001) 566 final. La Comunicación prevé en su apartado 1.3.2., la posibilidad de exigir pruebas de la experiencia y los conocimientos de los licitadores. Podrán, por ejemplo, *“verificar la composición del personal de la empresa y los cuadros que forman parte del mismo, los equipos técnicos con los que ésta cuenta y el sistema de control de la calidad, a fin de asegurarse de que la empresa dispone de la capacidad necesaria, en términos de cualificación del personal y medios materiales, para ejecutar o llevar a cabo el contrato.”*. Y la *Comunicación Medioambiental*, mucho más exhaustiva en la casuística, dice que de todos los medios de acreditación de la solvencia que se relacionan en las directivas de contratos públicos, algunos podrían estar relacionados con los aspectos medioambientales, distinguiendo entre éstos en sentido estricto, la experiencia determinada en temas medioambientales o la cobertura de un sistema de gestión medioambiental. Y cita algunos ejemplos como los siguientes:

*“-la declaración del utillaje, material y equipo técnico del que dispondrá el contratista para la ejecución de la obra.*

*-la declaración de los medios técnicos del suministrador, sus mediciones para garantizar la calidad y sus medios de estudio e investigación.*

*-la declaración de los técnicos u organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa, de los que dispondrá el contratista para la ejecución del contrato, señaladamente, los encargados del control de calidad.”*



La LCSP 2017, en su artículo 74.1 “Exigencia de solvencia”, requiere de los empresarios para celebrar contratos con el sector público, la acreditación de unas condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica, determinadas por el órgano de contratación, que han de estar vinculadas al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo para evitar una restricción indebida de la competencia. Este requisito de solvencia, podrá ser sustituido por una clasificación, cuando ésta sea exigible.

A nosotros nos interesa destacar el apoyo estratégico e instrumental de esta fase, mediante la inclusión de aspectos sociales y medioambientales orientados a la acreditación de un plus de capacidad de las empresas para llevar a cabo la ejecución del contrato bajo la perspectiva social o medioambiental que se quiere imprimir. En este sentido, también nos interesa asegurar que los operadores económicos presentados a la licitación cuentan con los medios y recursos económicos y financieros para asegurar los resultados de la operación económica que todo contrato lleva consigo, mientras dure su ejecución, y el conocimiento experto, la pericia, habilidades y destreza necesarias para acometer la prestación, no de cualquier modo, sino de aquél que precisen las características sociales y medioambientales que delimitan el objeto del contrato. Entre éstas, la experiencia del personal, como indicador cualitativo de la prestación, tanto en el ámbito social como medioambiental, las titulaciones académicas, cuando no se evalúen como criterio de adjudicación, el control de calidad sujeto a auditoría, las certificaciones de sistemas de gestión de la calidad o medioambiental, para promover la mejora continua de las actividades, productos o servicios, o las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

De ahí que, se van a analizar diferentes supuestos contemplados en la Directiva y en la LCSP 2017 de transposición, a la vista del soporte interpretativo que nos dan las Comunicaciones de 2001, la jurisprudencia del TJUE, la doctrina y las Resoluciones de los TARCA y, en su caso, de los órganos consultivos, teniendo en cuenta que una cosa son los requisitos mínimos o criterios de capacidad

técnica y económico financiera, y otra los medios de acreditación<sup>357</sup>, generalmente tasados, comprendidos en los artículos 87 a 91 de la LCSP 2017, con las excepciones previstas en el artículo 86.1 de la misma. Con ello, se quiere afrontar la debida corrección jurídica del estado del arte en las tres Administraciones territoriales que contempla el Capítulo XII.

## 2.1. Requisitos de capacidad técnica y profesional en materia social

### 1) Experiencia en el campo social

Se busca por el órgano de contratación que la empresa o el profesional que contrate con la Administración cuenten con la necesaria experiencia, en el sector de actividad de que se trate, que garantice el fiel cumplimiento del contrato, tal y como se ha diseñado en los Pliegos técnicos y administrativos. A partir de ahí, habrá de estarse al objeto del contrato (qué quiero comprar, construir o prestar), para acomodar al mismo la experiencia requerida de los operadores económicos. La vinculación al objeto del contrato se recoge en el

<sup>357</sup> Los requisitos mínimos de solvencia o también los llamados **criterios de selección** se refieren al *quantum*, al umbral determinado por el órgano de contratación de volumen de negocio o valor asegurado del seguro de responsabilidad por riesgos profesionales (solvencia económico-financiera); obras ejecutadas, suministros o servicios por un importe anual acumulado en el año de mejor ejecución igual o superior a “X”, determinadas titulaciones académicas o profesionales del empresario o de los directivos de carácter técnico, determinaciones sobre maquinaria, materiales y equipo técnico, etc. (solvencia técnica o profesional). Ambos grupos de solvencia económico-financiera y técnica o profesional, se infieren de los medios de acreditación previstos en el apartado siguiente.

Por su parte, los **medios de acreditación**, generalmente tasados, contenidos en los artículos 87 a 91 de la LCSP 2017, son las pruebas concretas y documentadas del quantum de cada uno de los criterios de selección, tales como: certificaciones bancarias, póliza de seguro por riesgos profesionales, cuentas anuales y declaración del empresario indicando el volumen de negocios global de la empresa (solvencia económico-financiera); relación de obras, suministros o servicios ejecutados, soportados en certificados de buena ejecución, tanto públicos como privados, justificación de los títulos académicos o profesionales, declaración de maquinaria, materiales y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de las prestaciones, según la determinación del criterio de selección (solvencia técnica o profesional).

El TACRC, en su Resolución 1019/2018, establece con claridad la distinción, señalando: “1. Una cosa son las condiciones mínimas, requisitos o medios mínimos de la solvencia exigida y otra muy distinta son los medios de acreditación de las condiciones mínimas de la concreta solvencia requerida. Unos integran la solvencia exigida y otros la acreditan (artículos 74, 76, 90 en contratos de servicios, y 92, de la LCSP) 2. Los medios o condiciones específicos de la concreta solvencia técnica exigida son limitativos y son los que establece, en el caso, de contratos de servicios como el que nos ocupa, el artículo 90 de la LCSP.”. Vid. en el mismo sentido la Resolución del TACRC, núm. 624/2019, de 6 de junio.

artículo 74 de la LCSP 2017, y debe interpretarse, en cuanto a que el criterio de la experiencia exigida se referirá, integrará o tendrá que ver con las prestaciones a contratar, dirigidas a unos usuarios con unas necesidades específicas que satisfacer desde una perspectiva social<sup>358</sup>, sin que en este caso, pueda extenderse el ámbito de la vinculación, como ya vimos al estudiar *la difícil vinculación de algunos criterios de adjudicación sociales con el objeto del contrato*, a los factores o las formas de producción, modos de vinculación indirectos a la prestación intrínseca. Además el requisito de solvencia ha de ser proporcional, evitándose en todo caso las limitaciones a la concurrencia, no justificadas por el objeto del contrato, y la quiebra de los principios de igualdad y de no discriminación (Resoluciones TACRC 321/2017 y 984/2016)<sup>359</sup>.

La profesora Patricia VALCÁRCEL<sup>360</sup>, se pregunta si es admisible incorporar requisitos de solvencia técnica o profesional, basados en la perspectiva de género, y exigir que sólo las empresas que cuenten con capacitación profesional en materia de igualdad entre hombres y mujeres, puedan resultar adjudicatarias. Y se manifiesta, sobre la base de las exigencias comunitarias, diciendo que no pueden incluirse en cualquier contrato, por la vulneración de los citados principios básicos. No obstante, admite la autora el supuesto de un contrato para cuya prestación fuere necesario el conocimiento técnico o profesional especializado en materia de género, como por ejemplo *“la contratación para impartir formación en materia de género e igualdad [...] la*

<sup>358</sup> Advierte la *Comunicación Social* 2001, que: *“si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social, es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos”*.

<sup>359</sup> La Resolución nº 984/2016 de 25 de noviembre, señala en su fundamento Sexto: *«sobre la cuestión discutida y ahora en estos términos planteada, la doctrina de este Tribunal ha sido clara y unánime, declarando que es necesaria la existencia de proporcionalidad entre las medidas exigidas para la acreditar la solvencia y el objeto del contrato, de modo tal, que, como se ha manifestado entre otras resoluciones, en la reciente nº 148/2016 de 19 de febrero, “la solvencia que se exige a los licitadores para poder aspirar a hacerse cargo del servicio que se contrata pretende garantizar que el adjudicatario dispone de los medios y cualificación adecuados para llevarlo a buen fin, respetando al mismo tiempo el principio de concurrencia y no discriminación; de ahí que la norma exija que los requisitos que se establezcan en cada caso para acreditar dicha solvencia y la documentación requerida para tal acreditación deban estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo”*.

<sup>360</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “Promoción de la igualdad de género a través de la Contratación Pública”, Págs. 329–368.

*contratación de la gestión de un centro de atención a mujeres víctimas de violencia de género [...]*”, entre otros. Finalmente, aduce que la inclusión de estos requisitos en cualesquiera objetos contractuales, no ligados intrínsecamente al mismo, sino que mantienen una actitud complementaria, social o medioambiental, de carácter instrumental, es más discutible. Aspecto este último en el que coincidimos esencialmente, si bien, señalando que, pese a que no consideramos la extensión del concepto de vinculación amplio, recogido en el apartado 6. del artículo 145 de la LCSP 2017, dado el carácter subjetivo de la solvencia exigible, no es menos cierto que un contrato cuyo objeto principal, ausente de perspectiva social, venga constituido por los servicios de limpieza y mantenimiento de los Colegios de educación primaria, cuando estos integren condiciones especiales de ejecución o, en su caso, criterios de adjudicación consistentes en la adscripción a las tareas y actividades de personas con discapacidad, puede incorporar esa actitud complementaria social, que se manifiesta por ejemplo, en un requisito mínimo de solvencia consistente en una experiencia mínima de dos años, referida a los encargados de la empresa, en la gestión de grupos de trabajo en los que se incluyen personas con discapacidad y la puesta en práctica de métodos de trabajo para la compensación de desventajas.

Otro aspecto a destacar, es que ninguno de los certificados presentados por el licitador, resulten admisibles para la justificación de servicios prestados, por falta de prueba de la experiencia que se pretende acreditar, como por ejemplo, la correspondiente a una serie de servicios relacionados con la incorporación de la perspectiva de género en las políticas públicas, igualdad de oportunidades entre sexos o lucha contra la exclusión, sin que quepa para dar por cumplido el requisito la mera declaración de la empresa de haberse empleado “enfoques de género” en algunos de los contratos reseñados<sup>361</sup>.

<sup>361</sup> En este sentido, la Resolución del TACRC 2/2016, de 12 de enero.

## 2) Recursos humanos para la ejecución de las prestaciones. Títulos académicos y profesionales.

Con idéntica finalidad a la constatada en el apartado anterior, se busca que los técnicos o profesionales adscritos a la ejecución del contrato, cuenten con el número y la formación académica bastante para asegurar el buen fin de las prestaciones. El criterio de selección en el supuesto lo constituye la cuantificación de recursos humanos, su dedicación, tipología de titulaciones o cursos de formación, materiales o medios técnicos; y el medio de acreditación, los certificados curriculares, de titulaciones o de cursos, y habilitaciones profesionales, certificaciones de vida laboral, y de competencia docente, en su caso.

En la Resolución 50/2012 del TACP de Madrid, se recurre un contrato de servicios denominado “Servicio de orientación jurídica y atención socioeducativa de mujeres víctimas de violencia de género y en riesgo de exclusión social de la Comunidad de Madrid”, por haber sido excluido el recurrente al no acreditar la solvencia técnica, en materia de formación relativa a violencia de género, de al menos 100 horas de uno de los educadores sociales; supuesto respecto del cual la empresa se muestra disconforme por la falta de concordancia entre el acto de exclusión y el requerimiento de subsanación, en el que no se hacía constar el citado requisito. El órgano de contratación alega conformidad con el artículo 78 e) del TRLCSP, sobre la implícita necesidad de acreditar la formación en materia de violencia de género, si bien el TACP no entra en el fondo del asunto, por considerar que la notificación de la adjudicación debía haber precisado que el motivo de la exclusión, en su caso, era debido a la falta de acreditación de la experiencia, y estima que la Mesa debe pronunciarse sobre dicho cumplimiento con base a la documentación aportada para subsanar, procediendo la retroacción de las actuaciones para que este órgano de asistencia se pronuncie al respecto sobre la base de lo manifestado en la Resolución del TACP. Del relato se infiere que el Tribunal no critica la cuestión de fondo, esto es, la experiencia “social”, ni la titulación o formación requerida, por ser acorde con la capacitación técnica precisada para la prestación.

En la Resolución 25/2013 del TACP, de 20 de febrero, se desestima el recurso especial interpuesto por la recurrente, contra el acuerdo de exclusión de la Mesa de Contratación, al estimar el Tribunal que no se había subsanado la documentación requerida por la Mesa, consistente en una copia cotejada de la titulación académica. Dicha documentación se refiere a los medios de acreditación de los requisitos mínimos de solvencia señalados en los pliegos, entre los que se encuentran: la realización de un proyecto en el área de la integración de la población inmigrante, el currículum del personal mínimo necesario para la ejecución del contrato, referido a un titulado en Derecho y otro en Psicología, y cuatro titulados más con experiencia profesional en temas laborales, sociales, educativos o de comunicación.

Sin embargo, el TACRC, en la Resolución 514/2018, de 25 de mayo, sobre titulaciones exigidas en los pliegos, aduce que la normativa aplicable no exige la imposición de una determinada titulación para el desarrollo de los puestos de trabajo, aunque esto no impide contar con la capacidad y experiencia profesional necesarias para el desarrollo de sus respectivas profesiones, con o sin titulación universitaria, matiza.

Tanto si el contrato, en el que se ha de integrar la solvencia específica que tratamos, es de perspectiva social plena -prestación del servicio de ayuda a domicilio- como si ésta es complementaria -servicios de limpieza generales, o la realización de una obra pública de infraestructura en cuya actividad se encuentran subrepresentadas las mujeres trabajadoras; pueden requerirse como criterios mínimos de solvencia la posesión de determinadas titulaciones que, en el primer caso, no admiten discusión, tales como trabajadores sociales (grado universitario) o Técnicos de atención sociosanitaria (grado medio de formación profesional), necesarias para la prestación intrínseca del contrato, esto es para la realización central de la actividad, tanto directiva o de responsabilidad, como ejecutiva; y pueden exigirse igualmente, como requisitos mínimos otras acreditaciones de formación complementarias, tales como "X" horas de formación del técnico coordinador de la prestación en

materia de discapacidad, igualdad de oportunidades y accesibilidad universal<sup>362</sup>, o “X” horas de formación para un trabajador de la gestión administrativa, consistente en la adquisición de habilidades propias para la organización de la prestación y cuadrantes horarios, teniendo en cuenta la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores.

Otro aspecto ligado a la cualificación y experiencia del equipo que llevará a cabo la ejecución de las prestaciones, es su posible consideración como criterio de adjudicación, tradicionalmente negada, según nos dice el TACP de Madrid, en su Resolución 55/2016, por la doctrina de la JCCA y la jurisprudencia, tanto del TS como del TJUE. En efecto, la Directiva 2014/24/UE, en su considerando núm. 94, parte de la premisa de que si la calidad del personal empleado es necesaria para contribuir a la buena ejecución del contrato (buen rendimiento del contrato, dice), los poderes adjudicadores pueden utilizar, como criterio de adjudicación la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, incluso de su organización y cualificación, dada la relación directa existente entre éstas y la calidad de ejecución de la prestación, y por ende con el valor económico de la oferta.

La Directiva nos da algunos ejemplos de servicios intelectuales, como los de asesoría y de la arquitectura, y concreta en su artículo 67 “Criterios de adjudicación del contrato”, apartado 2.b) esta posibilidad de valoración. Como tal criterio de adjudicación, fue transpuesto en la LCSP 2017, artículo 145.2.2º, con el siguiente tenor: *“La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución”*, si bien, en este caso, los títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa, no podrán ser tenidos en cuenta como criterio de solvencia técnica (artículo 90.1.e). Lo que no impedirá, la compatibilidad entre ambos -criterio de selección y criterio de adjudicación- cuando se establezca una experiencia o una titulación determinadas como

<sup>362</sup> Si así lo decide el Órgano de Contratación, el exceso de horas sobre las mínimas señaladas como requisito de solvencia técnica, podrá valorarse como criterio de adjudicación.

solvencia y otras complementarias, en lo que excedan de los requisitos mínimos exigidos, como criterio de adjudicación.

Finalmente, la mayoría de las Resoluciones de los TARC estudiadas no discuten la tipología de equipos, titulaciones, o recursos a adscribir a la prestación del contrato, siempre que se hallen vinculados a su objeto y sean proporcionales, en evitación de restricciones a la competencia. Por el contrario, el ámbito de discusión y controversia se extiende a los medios de prueba para la acreditación de los requisitos mínimos, tales como certificados expedidos o visados por el órgano competente, en el caso de una entidad del sector público, o certificados y declaraciones del empresario, en el supuesto de un sujeto privado, imperando en ambos, un principio antiformalista favorable a la máxima concurrencia; incumplimiento del trámite de subsanación, o la consideración de trabajos o de servicios de igual o similar naturaleza, bajo el criterio previsto en el artículo 90 de la LCSP 2017, en referencia a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV; aspectos todos ellos comunes a los procedimientos, tengan o no perspectiva social y medioambiental, razón por la cual no son objeto de estudio en esta Memoria.

### 3) Sistemas de control de la calidad

Regulados en el artículo 93 “Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad” de la LCSP 20917, -artículo 62 de la Directiva 2014/24/UE-, y referido a los contratos sujetos a regulación armonizada<sup>363</sup>, sirven al objeto de asegurar la prestación sobre la base de una probada capacidad del operador económico para llevarla a cabo bajo el cumplimiento de determinados estándares o requisitos previstos en un determinado modelo de gestión de la calidad. No se trata de una norma legal, sino de una

<sup>363</sup> Si bien, también puede exigirse el cumplimiento de las normas de garantía de calidad en contratos no sujetos a regulación armonizada, de manera respetuosa con los principios que rigen la contratación pública, siempre que los requisitos exigidos tengan relación con el objeto del contrato, proporcionales al mismo, y no se exijan de modo excluyente, cuando existan otros medios iguales o equivalentes para la citada acreditación. Vid. Resolución 54/2014, del TACP de Madrid, de 26 de marzo.



convención, una norma técnica de común aceptación para el ámbito material al que se dirige. Tampoco es un nuevo requisito o condición de solvencia, *“sino un medio de acreditación de una concreta condición de solvencia técnica de las previstas en el artículo 90 de la LCSP”*<sup>364</sup>. Este ámbito puede ser el de la accesibilidad para personas con discapacidad<sup>365</sup>, ejemplo recogido en el precepto, o simplemente el área de la gestión<sup>366</sup> de la actividad de que se trate, cuya estructura de requisitos, incorporando aspectos como el contexto de la organización, que tiene en cuenta el entorno socio-económico de la empresa y los vínculos existentes con los *stakeholder*<sup>367</sup>, las necesidades y expectativas de las partes interesadas, así como el control de los productos y servicios suministrados, le hacen merecedor de su inclusión en este análisis estratégico que llevamos a cabo de la fase de selección.

Sin embargo, en aras de la máxima concurrencia en los procedimientos de licitación, los legisladores europeo e interno prevén el reconocimiento de certificados equivalentes por organismos establecidos en otros estados miembros, así como la aceptación de otras pruebas de medidas equivalentes de aseguramiento de la calidad que presenten los empresarios.

Estas cuestiones han sido tratadas por la doctrina administrativa de los TARC, de la que se extrae:

- Que deben admitirse otros certificados equivalentes e incluso, medidas equivalentes de gestión de calidad y de gestión medioambiental que presenten los licitadores, que habrán de constar expresamente en el PCAP<sup>368</sup>, ya que puede, y en la práctica así suele ocurrir que no se rechacen otros certificados equivalentes, pero no se aprecien otras pruebas de medidas equivalentes.

<sup>364</sup> Resolución 939/2018 del TACRC, de 11 de octubre de 2018.

<sup>365</sup> Pueden citarse ejemplos, tales como: ISO 17049 sobre diseño accesible. Aplicación de braille en señalización, equipos y aparatos. ISO 23599 sobre productos de apoyo para personas ciegas y con problemas de visión.

<sup>366</sup> ISO 9001:2015 para sistemas de gestión de calidad

<sup>367</sup> Partes interesadas.

<sup>368</sup> Acuerdo TACP de Madrid, Resolución 359/2017, de 29 de noviembre.

- Que los certificados de cumplimiento de determinadas normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental, *“solo sirven como medio de acreditación del cumplimiento de las normas correspondientes, pero no constituyen medio sustantivo material de determinada solvencia técnica”* de los previstos en el artículo 90. 1. de la LCSP 2017, para el contrato de servicios, tales como por ejemplo: medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad, o el control efectuado por un organismo oficial en el que esté establecido el empresario, o la indicación de las medidas de gestión medioambiental a aplicar por el empresario<sup>369</sup>. Lo que debe hacer el PCAP es concretar los medios de solvencia específicos que deben ser acreditados mediante los certificados de cumplimiento de determinadas normas de garantía de la calidad o de gestión medioambiental, otros equivalentes o las pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios, como apostilla el apartado 2. del citado artículo 93. En definitiva, no cabe exigir los certificados que acreditan el cumplimiento de las normas de garantía de la calidad para acreditar un medio de solvencia técnica que no se ha exigido previamente como tal, y si no se ha exigido, tampoco podrá excluirse a quien no lo aporta, *“pues nada tiene que acreditar”*<sup>370</sup>
- Que los certificados de responsabilidad social corporativa referidos a sistemas de gestión responsable y sostenible de la organización empresarial, no constituyen certificados de cumplimiento normativo, los organismos que los otorgan son empresas privadas y no eximen del cumplimiento de la normativa de aplicación. Su escasa implantación y la ausencia de evidencia sobre la acreditación de las entidades otorgantes no justifican una limitación al principio de libre competencia.

<sup>369</sup> Resolución 334/2018 del TACRC, de 6 de abril.

<sup>370</sup> Resolución 1029/2018 del TACRC, de 13 de noviembre. En similares términos la Resolución 628/2019 del mismo Tribunal, de 6 de junio.

- Que los sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo no se refieren a sistemas de gestión de la calidad o de gestión medioambiental<sup>371</sup>.

## 2.2. Requisitos de capacidad técnica y profesional en materia medioambiental

Nos remitimos a lo dicho, con carácter general al analizar el campo de la experiencia social, en especial sobre la acomodación al objeto del contrato y la proporcionalidad<sup>372</sup>, evitando cualquier limitación a los principios de concurrencia igualdad y no discriminación. Se trata, como bien apuntan VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y GÓMEZ FARIÑAS<sup>373</sup>, de “*determinar si el operador económico en cuestión goza de la aptitud ambiental suficiente para ejecutar el contrato de forma sostenible e integradora.*”. O como dice la COM 2001 (medioambiental)<sup>374</sup>, “*determinar aquellos candidatos que el poder adjudicador considera capaces de ejecutar mejor el contrato.*”. A partir de aquí nos centraremos en el análisis de determinados medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional en los contratos con relevancia medioambiental.

### 1) Experiencia en el campo medioambiental

Si el contrato requiere conocimientos técnicos especiales en el campo del medio ambiente, contar con experiencia en él constituye un criterio legítimo

<sup>371</sup> Resoluciones 906 y 1019/2018 del TACRC,.

<sup>372</sup> Véase RAZQUÍN LIZÁRRAGA, Martín M., en “Mecanismos para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos”, Cap. 4 del libro *Nueva contratación pública: Mercado y Medio Ambiente*, Director el citado autor, Universidad Pública de Navarra, Ed. Aranzadi, 2017, pág. 165. Comenta el profesor RAZQUÍN que “*los problemas derivados de la incorporación de criterios de selección de carácter ambiental radican en su proporcionalidad en relación con el objeto del contrato. Una exigencia elevada produce como efecto natural la reducción del número de licitadores.*”

<sup>373</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, GÓMEZ FARIÑAS, Beatriz “Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental”, Cap. 3 del libro *Compra Pública Verde*, págs. 79-99, Directora LAZO VITORIA, Ximena. Ed. Atelier 2018.

<sup>374</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COM (2001) 274 final.

de capacidad y conocimiento técnicos a fin de determinar la idoneidad de los candidatos<sup>375</sup>.

Se trata de acreditar con este medio que los licitadores y, en última instancia, quien vaya a realizar las prestaciones, tiene la experiencia previa en la materia y la cualificación para su correcto desempeño. En este sentido, considera el TACRC<sup>376</sup> que el hecho de exigir al contratista acreditar haber realizado un estudio de evaluación ambiental de una obra *“se antoja directamente relacionado con el objeto contractual”*.

Sobre la determinación de la solvencia, el órgano de contratación tiene una potestad discrecional a la hora de decidir los medios para su acreditación, siempre en conexión y con la debida proporcionalidad con el objeto del contrato<sup>377</sup>. Como ha señalado el TACRC<sup>378</sup>, para apreciar la similitud entre el objeto del contrato y los servicios aportados como experiencia, ha de atenderse a una valoración de las condiciones técnicas exigidas a aquellos

<sup>375</sup> Así se expresa la COM 2001, 274 final, sobre la posibilidad de exigir una experiencia determinada en temas medioambientales.

<sup>376</sup> Resolución del TACRC, 252/2019, de 15 de marzo. El Tribunal encuentra razonable la acreditación de un estudio de Evaluación Ambiental y un expediente de Impacto Ambiental de una obra; sin embargo, no resiste el análisis de proporcionalidad, como ponderación entre la protección medioambiental o maximización de la concurrencia y la garantía de aptitud del contratista para la correcta ejecución del contrato, al valorarse umbrales que considera irrazonables por ser en exceso restrictivos de la competencia. En parecido sentido la Resolución del mismo Tribunal 1008/2015, de 30 de octubre, si bien, matizando que no cabe identificar discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias y otros no. Como razona la Resolución del citado Tribunal, 612/2013, *“es preciso tener en cuenta que en este apartado de la licitación rige la máxima de abrir ésta al mayor número de empresarios posible, evitando, en todo caso, exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatorias.”*

<sup>377</sup> Así lo entiende la Resolución del TACRC 209/2014, de 14 de marzo, al incluir el concepto de seguridad industrial (*“prevención y limitación de riesgos, así como la protección contra accidentes y siniestros capaces de producir daños o perjuicios a las personas, flora, fauna, bienes o al medio ambiente, derivados de la actividad industrial o de la utilización, funcionamiento y mantenimiento de las instalaciones o equipos y de la producción, uso o consumo, almacenamiento o desecho de los productos industriales”*), entre los servicios de prevención o detección de incendios, que constituyen el objeto del contrato, guardando una relación directa y proporcional. El Manual de Contratación pública ecológica de la Comisión Europea, de 2016, indica a modo de ejemplo, que *“el conjunto de criterios de selección medioambiental aplicados a un contrato de obras será normalmente mayor que el que se utilizará para un contrato de suministros sencillo, a menos que los suministros presenten un riesgo medioambiental particular [...]”*, pág. 39 del texto. Y el *Manual práctico de Compra y Contratación Pública Verde. Modelos y ejemplos para su implantación por la Administración Pública Vasca*, no considera adecuado requerir un EMAS, si se quiere contratar el suministro de material de oficina, por desproporcionado.

<sup>378</sup> Resolución del TACRC, 150/2013, de 18 de abril.

trabajos comparándolas con las requeridas en las prescripciones técnicas del contrato en licitación.

Es evidente que no es éste el ámbito o la fase del procedimiento que mayores problemas presenta respecto de las posibilidades de integración de la perspectiva medioambiental en los contratos públicos, y ello por cuanto la experiencia de los operadores económicos, tal y como prevé el artículo 90.1.a) de la LCSP 2017, materializada en la relación de los principales servicios o trabajos realizados, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, están orientados directamente al aseguramiento de la prestación<sup>379</sup>. Por eso, la experiencia nos informa de la pericia, destreza, habilidades en definitiva propias del futuro contratista, cuya correcta apreciación, vinculada y proporcionada, asegura el acierto de la decisión que ha de tomar el órgano de contratación. De ahí que, este aspecto que tratamos en el apartado, no presente las dificultades propias de la perspectiva medioambiental como característica coadyuvante para la consecución, en general, de bienes jurídicos de interés general, tales como la minimización de impactos derivados del consumo de bienes y servicios, pero solo indirectamente relacionados con el objeto del contrato. Características estas últimas que se hacen más visibles en la fases de adjudicación y ejecución del contrato, planteando criterios y condiciones que contribuyen a la consecución y mantenimiento de un medio ambiente mejor.

## 2) Recursos humanos y técnicos para la ejecución de las prestaciones. Títulos académicos y profesionales.

Como hemos dicho más arriba y con la misma finalidad constatada en la apreciación de la experiencia del operador económico, acreditada mediante la relación de los principales servicios, este medio de acreditación adicional o

<sup>379</sup> En este sentido, PERNAS GARCÍA, J. José, en *Contratación pública verde*, considera que si el contrato requiere conocimientos técnicos especiales en el campo del medio ambiente, podrá exigirse contar con experiencia como criterio de capacidad y conocimiento técnico para determinar la idoneidad de los candidatos. Y pone como ejemplos, la construcción de una instalación de gestión de residuos, una obra de retirada de amianto de una edificación o de la construcción de edificios bioclimáticos.

alternativo demostrativo de la solvencia, busca que los técnicos o profesionales participantes en la ejecución del contrato, cuenten con el bagaje académico y de experiencia suficiente para asegurar el éxito de las prestaciones encomendadas<sup>380</sup>. Al igual que en la materia social vista, el criterio de selección lo constituye la cuantificación de recursos humanos, su dedicación, tipología de titulaciones o cursos de formación, materiales o medios técnicos; y el medio de acreditación, los certificados curriculares, de titulaciones o de cursos, y habilitaciones profesionales, certificaciones de vida laboral, y de competencia docente, en su caso. El porqué de su tratamiento diferenciado, se justifica por las peculiaridades que presenta la diferente naturaleza de la materia estudiada.

La sentencia de la Audiencia Nacional, de 5 de marzo de 2014, refiriéndose a la solvencia necesaria para poder optar a la adjudicación de los contratos públicos, concreta esta finalidad en la expresión de medios materiales, tales como la maquinaria y la tecnología, y humanos, como la titulación académica y profesional de los cuadros técnicos de las empresas, promedio de la plantilla de personal y experiencia profesional en relación con el tipo de contrato<sup>381</sup>. Corresponde, como se ha dicho, al órgano de contratación la fijación de valores mínimos, y medios y documentos de entre los señalados en los artículos 88 y ss. de la LCSP 2017. Y debe hacerlo de conformidad con lo previsto en el artículo 58.c) de la Directiva 2014/24/UE, limitando los requisitos exigidos a los que sean adecuados, vinculados y proporcionados, para asegurarse de que el licitador tiene la capacidad técnica<sup>382</sup> y profesional necesarias para la ejecución del contrato.

<sup>380</sup> Destaca J. José PERNAS GARCÍA, *Contratación pública verde*, en la pág. 133 de la obra *“que si el contrato requiere conocimientos técnicos especiales en el campo del medio ambiente, el órgano de contratación podrá exigir contar con experiencia como criterio de capacidad y conocimiento técnico a fin de determinar la idoneidad de los candidatos [...]”*. Este es el caso, por ejemplo, de una planta de aguas residuales, de una obra de retirada de amianto, o de la construcción de edificios bioclimáticos, considera el autor.

<sup>381</sup> Medios y cualificación adecuados para llevar el contrato a buen fin, respetando los principios de concurrencia y no discriminación, vinculados y proporcionados al objeto del contrato (TACRC, Resolución 252/2109, de 15 de marzo.)

<sup>382</sup> En relación con la competencia de los profesionales técnicos, la jurisprudencia viene manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, debiendo ser valorada restrictivamente la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su

Son variados los requisitos de solvencia contemplados en los pliegos de condiciones y referidos a la adscripción de medios en sentido amplio, desde la posesión de estudios de impacto ambiental, técnicos ambientales, recursos informáticos para la verificación y control de la gestión medioambiental, expertos en sociología urbana o geografía urbana, encargados del control de calidad, técnicos de gestión de montes, monitores ambientales, aprovechamiento y conservación del medio natural, paisajismo y medio rural, gestión forestal y del medio natural, asistencia turística, animación sociocultural y turística o equivalentes, vigilancia ambiental y calidad, conocimientos técnicos relacionados con el sector agrario, edafología, fitotecnia, zootecnia, cultivos herbáceos y leñosos, hasta titulaciones en Ciencias Ambientales, Ciencias del Mar, Biología, Ingeniería de Montes, Forestal, Agrónoma, Geodesia y Topografía etc., admitiéndose el concepto de equivalencia<sup>383</sup> para aquellas titulaciones que tienen un fondo de conocimientos igual.

### 3) Sistemas de gestión medioambiental

La experiencia anterior de una empresa, así como las cualidades profesionales de su personal también pueden evaluarse desde una perspectiva medioambiental, sirviendo a este efecto, entre otros, los sistemas de gestión medioambiental como el EMAS o la norma ISO 14001, que pueden servir para demostrar la capacidad técnica<sup>384</sup>.

especialidad, a los profesionales directamente concernidos (STS de 22 de abril de 2009). En el mismo sentido la STS de 30 de noviembre de 2001, que contempla la salvedad de que no existe duda alguna, dada la naturaleza y finalidad del objeto; en el supuesto un proyecto de urbanización.

<sup>383</sup> TACGal, Resolución 25/2019, de 30 de enero: “*la equivalencia comprendería “todos aquellos titulados superiores que como consecuencia a una base de enseñanzas comunes tienen un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sea necesario unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica [...]”*”.

<sup>384</sup> Comisión Europea, *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, tercera edición, 2016, pág. 37. Entre los criterios de selección más pertinentes a efectos de la CPE, relacionados con la competencia técnica y profesional, el Manual señala los sistemas y planes de gestión medioambiental, ya citados, los sistemas de seguimiento o gestión de la cadena de suministro, o los certificados de evaluación de la conformidad.

La Directiva de contratación pública 2014/24/UE, establece en su artículo 62.2 “Normas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental”, la posibilidad de que los poderes adjudicadores requieran la presentación de certificados expedidos por organismos independientes, acreditativos de que las empresas cumplen determinados sistemas o normas de gestión medioambiental. En ese caso, harán referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la Unión, a otros reconocidos según el artículo 45 del Reglamento (CE) núm. 1221/2009, o a otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales de organismos acreditados. El mismo artículo recoge otros supuestos de acreditación, como certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados miembros, u otras pruebas de gestión medioambiental equivalentes para el supuesto de que el operador económico no pueda demostrar el acceso a certificados de este tipo, o no tenga la posibilidad de obtenerlos dentro del plazo fijado por causas que no le sean imputables.

Casi miméticamente, el legislador de la LCSP 2017, establece en su artículo 94 “Acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental”, respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada<sup>385</sup>, y para los supuestos en que el órgano de contratación exija como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional la presentación de certificados de gestión medioambiental, el sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la Unión Europea, otros reconocidos según el artículo 45 citado del Reglamento (CE), certificados equivalentes y otras pruebas, igualmente equivalentes, que presente el licitador, en particular, una

<sup>385</sup> No serían exigibles para los contratos no SARA (TARC de la Junta de Andalucía, Resolución núm. 74/2013, de 10 de junio, confirmada por la STSJA de 9 de octubre de 2014). En el mismo sentido TACRC, Resolución núm. 223/2012, de 11 de octubre. En contra Elena HERNÁEZ SALGUERO, “Las cláusulas de estrategia medioambiental en la doctrina de los tribunales de recursos contractuales”, Capítulo 9 del libro *Compra Pública Verde*, Directora Ximena LAZO VITORIA, Ed. Atelier 2018, págs. 189-197 que, en referencia a la Resolución del TACP de Madrid, núm. 139/2013, afirma que tanto en los contratos sujetos a regulación armonizada, como en los que no ostentan dicha condición, y a pesar de la dicción del entonces vigente artículo 81 del TRLCSP, recogida en el actual artículo 94 de la LCSP 2017, en virtud del principio de libertad de pactos, siempre que los requisitos que se establezcan sean compatibles con el derecho de la Unión Europea; podría establecerse una condición similar.



descripción de que las medidas de gestión medioambiental son equivalentes a las exigidas conforme al sistema o norma de gestión aplicables.

Pero, ¿qué es un sistema de gestión medioambiental?. Según el citado Reglamento (CE) núm. 1221/2009<sup>386</sup>, se trata de la parte del sistema general de gestión que contempla las interacciones entre la estructura organizativa, las actividades de planificación, las responsabilidades, los procedimientos, los procesos y los recursos para alcanzar, revisar y mantener la política medioambiental de la empresa. Para ISO 14001<sup>387</sup>, la sistematización de los aspectos ambientales generados por las actividades de la Organización con el propósito de promover la protección ambiental y la prevención de la contaminación, en equilibrio con los aspectos socioeconómicos y respeto de la legalidad.

Entre las ventajas medioambientales se señalan la optimización de recursos y residuos, y la reducción de impactos ambientales; entre las ventajas económicas, la potenciación de la innovación y la productividad, reduciendo costes de la gestión de residuos. El sistema articula cinco elementos esenciales, como son: la política ambiental, la planificación con objetivos a lograr, la implementación del sistema, la verificación del grado de eficacia y la revisión, aspectos que nos recuerdan al ya comentado ciclo PDCA de los sistemas de gestión de la calidad. Las diferencias entre uno y otro son analizadas por GUILLÉN NAVARRO<sup>388</sup>, concluyendo que las recientes

<sup>386</sup> Artículo 2. “Definiciones”, apdo. 13)

<sup>387</sup> UNE EN ISO 14001:2015 Gestión Ambiental. Su artículo 1, señala: “*esta norma Internacional especifica los requisitos para que un sistema de gestión medioambiental, capacite a una organización para formular una política y unos objetivos, teniendo en cuenta los requisitos legales y la información acerca de los aspectos medioambientales significativos.*”, con independencia de la ubicación física (Resolución del TACP de Madrid, núm. 276/2016, de 28 de diciembre).

<sup>388</sup> GUILLÉN NAVARRO, Nicolás Alejandro, “Unidad del mercado interior, normalización industrial, etiquetas ecológicas y sistemas de gestión y auditoría medioambientales”, Capítulo, sin numerar, del libro *Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental*, Director GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo. *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*. Págs. 323-324. Zaragoza 2018. El autor, siguiendo a Vizcaíno López (2016), identifica algunas diferencias, tales como la mayor complejidad de la certificación EMAS, su cumplimiento jurídico medioambiental estricto, con una intervención activa de las Administraciones, cosa que no se da en ISO, y la obligatoria declaración medioambiental de la primera que es voluntaria para las organizaciones en ISO. En parecidos términos el Manual sobre contratación pública ecológica, pág. 42 de la obra.

modificaciones tanto de EMAS, como de ISO<sup>389</sup>, suponen un acercamiento entre los sistemas, cada uno referido a su ámbito, el primero centrado en la Unión Europea, y el segundo en el espacio internacional<sup>390</sup>. En ambos casos, se trata de certificados de solvencia de la empresa para desarrollar correctamente el servicio, sin que supongan una mejora de la oferta propiamente dicha<sup>391</sup>. Aspecto que merece ser destacado, porque si bien, la doctrina administrativa, ha venido considerando, sin fisuras, la naturaleza de medios de acreditación del cumplimiento de medidas de gestión medioambiental, y por tanto relativo a la solvencia<sup>392</sup> de los operadores económicos, recientemente el TACRC<sup>393</sup>, reexamina su propia doctrina a la luz de la nueva regulación de los criterios de valoración medioambientales y sociales previstos en la LCSP 2017, en concreto sobre la posibilidad de

<sup>389</sup> Su tercera edición introduce cambios en los anexos II y III del Reglamento CE 1221/2009, a través del Reglamento UE 2017/1505 de la Comisión, de 28 de agosto, motivados por la realización de un único proceso integrado de verificación/certificación. De este modo, dice Nicolás GUILLÉN, *“los requisitos del sistema de gestión ambiental aplicables con arreglo al EMAS son los establecidos en las secciones 4 a 10 de la norma EN ISO 14:0012015.”*

<sup>390</sup> El TACP de Madrid, en su Resolución núm. 139/2013, de 19 de septiembre, nos recuerda que disponer de una de ellas debe ser suficiente para acreditar el cumplimiento de las normas de gestión ambiental.

<sup>391</sup> Así lo entiende la Resolución del TACP de la Comunidad de Madrid, núm. 55/2019, de 6 de febrero.

<sup>392</sup> Que se trata de modos de acreditación de la solvencia y no de criterios de valoración de las ofertas, lo dice la Resolución núm. 939/2018 del TACRC, de 11 de octubre, refiriéndose a Sentencias TJCE de 19 de junio de 2003 – asunto C-315/01-, 24 de enero de 2008 –asunto C-532/06-y 12 de noviembre de 2009 – asunto C-199/07-; sentencia TJUE de 9 de octubre de 2014 –asunto C-641/13-; Resoluciones de este Tribunal administrativo núms. 187/2012, 220/2012, 290/2012, 189/2014 y 295/2014. También el TACP de Madrid, en su Resolución núm. 139/2013, de 19 de septiembre, se ha pronunciado al respecto, diciendo que *“no pueden considerarse criterio objetivo de adjudicación del contrato.”* Este último Tribunal pone de manifiesto, en su Resolución núm. 321/2017, de 2 de noviembre, que *“Las certificaciones medioambientales se establecieron como instrumento para que las empresas pudieran organizar su gestión interna teniendo en cuenta sus impactos sobre el entorno y las medidas para prevenirlos y reducirlos.”*

<sup>393</sup> El Tribunal Central, en su Resolución 786/2019, ha tenido la ocasión de reexaminar la doctrina invocada por la recurrente a la luz de la nueva regulación de los criterios de valoración medioambientales y sociales previstos en la LCSP 2017, e invocando su Resolución núm. 456/2019, de 30 de abril, en concreto sobre la posibilidad de configurar la disponibilidad de un certificado ISO, no solo como criterio de solvencia sino también como criterio de adjudicación; llega a la siguiente conclusión: *“para que pueda admitirse la exigencia de estos certificados como criterio de adjudicación, es necesario que estén claramente vinculados con el objeto del contrato, en el sentido en que la resolución citada –y otras muchas– interpretan la concurrencia de esta vinculación: cuando se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida Y sobre este particular el órgano de contratación no expone en su informe una justificación de la vinculación que cada uno de los certificados exigidos tiene con el objeto del contrato sino que considera que, al tratarse de un suministro y no de un servicio, esta vinculación se da de forma necesaria en la medida en que los certificados exigidos evalúan la buena praxis medioambiental en el proceso de fabricación, producción y transporte del producto que se va a adquirir, lo que está inscrito en el ciclo de la vida del mismo”*

configurar la disponibilidad de un certificado ISO, no solo como criterio de solvencia, sino como de adjudicación, llega a la conclusión de que para que estos certificados puedan admitirse como criterios de adjudicación, se precisa de una clara vinculación al objeto del contrato, esto es, una característica de la prestación en sí misma considerada, de su carácter intrínseco, que permita la evaluación del rendimiento comparativo de la oferta respecto del objeto del contrato, sin que sirvan las referencias genéricas a los procesos productivos de las empresas (carácter subjetivo).

Sin restar importancia al interesante cambio de doctrina del Tribunal Central, nos llama poderosamente la atención, cómo se llevará a la práctica la posibilidad de valorar una certificación ISO o EMAS, entre otras, cuando todas ellas se refieren a un modelo de contraste, caracterizado por el establecimiento de una serie de principios y requisitos cuyo cumplimiento, en genérico (contexto de la organización, liderazgo, planificación, soporte, operación, evaluación del desempeño, mejora), para toda la empresa o para algunas de sus ramas de actividad, conlleva el otorgamiento del certificado correspondiente. Por tanto, salvo que ese modelo de gestión adoptado por la empresa y acreditado mediante certificación, suponga una adaptación singular a la prestación objeto del contrato, no podría valorarse mediante el rendimiento comparativo de las ofertas. Cosa muy diferente es que el órgano de contratación requiera la certificación como acreditativa del cumplimiento de un criterio de valoración que mida la oferta de utilización de buenas prácticas definidas en materia de gestión medioambiental al contrato.

Por su parte, RAMOS PÉREZ-OLIVARES<sup>394</sup> analiza las diferencias entre la Ecoetiqueta UE y el sistema EMAS, ambos voluntarios, refiriéndose a estos últimos como aquéllos que están orientados a valorar el desempeño ambiental general de la empresa, reservándose los primeros a la acreditación de productos o servicios de la empresa. El autor, nos introduce en la controversia de si los certificados de gestión medioambiental se refieren a características

<sup>394</sup> RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo, "Novedades en la fase de selección de participantes y adjudicación de los contratos", *Contratación Administrativa Práctica* nº 143, mayo-junio 2016, Editorial Wolters Kluwer. Pág. 8.

intrínsecas de cada empresa, que no pueden completarse por terceras empresas del grupo para, a continuación, negarla y afirmar que el licitador podrá completar o integrar la solvencia con medios ajenos. Razón que contrasta con el criterio seguido por el TACP de Madrid<sup>395</sup>, al considerar que los certificados solo garantizan estas circunstancias respecto de las empresas concernidas, como veremos a continuación.

Para el *Manual sobre la contratación pública ecológica*, los sistemas de gestión medioambiental son herramientas organizativas que procuran la mejora del comportamiento medioambiental de la Organización, y señala como posibles áreas de mejora la utilización de recursos naturales, como el agua y la energía; la formación de los trabajadores; el uso de métodos de producción respetuosos con el medio ambiente y la adquisición de material de oficina más ecológico.

Por su parte, el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado 2018-2025<sup>396</sup>, establece una serie de ejemplos que asocia a las distintas fases del proceso de contratación. Así, admite en la tabla anexa, como prueba de cumplimiento, un sistema de gestión medioambiental, como EMAS, ISO 14001, o equivalentes, que cubra y certifique las capacidades de gestión medioambiental previstas en los criterios de selección.

A los efectos de acreditación de solvencia, que aquí comentamos, la posesión de la acreditación de establecimiento de un sistema de gestión medioambiental constituye prueba fehaciente del conocimiento de la legislación contractual, de la organización, requisitos y estándares necesarios para llevar a cabo una gestión medioambiental probada a base de la experiencia de muchos operadores económicos que han participado en la confección de los mecanismos voluntarios de EMAS o de ISO. Los certificados solo garantizan estas circunstancias respecto de las empresas y las actividades de éstas para las cuales se han expedido, no acreditándose

<sup>395</sup> TACP de Madrid, Resoluciones: 59/2017, de 22 de febrero y 86/2013, de 17 de junio.

<sup>396</sup> Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025).

respecto de otras empresas aunque pertenezcan al mismo grupo, ni para las que formen parte de una unión temporal de empresas.

Otra cuestión de interés, puesta de manifiesto por el TACRC, es la compatibilidad de los certificados de gestión medioambiental con la exigencia de clasificación<sup>397</sup>, basada en que ésta no se pronuncia sobre el cumplimiento de las normas de garantía de calidad o gestión medioambiental, siempre relativos a la solvencia técnica, sino sobre los medios financieros, personales y materiales de la empresa y de su experiencia. El mismo Tribunal ha admitido, de modo adicional a la clasificación, los certificados de responsabilidad social corporativa<sup>398</sup> como el SGE 21, norma que permite implantar, auditar y certificar un sistema de gestión ética y socialmente responsable. En él se integran aspectos ambientales, sociales y de buen gobierno en organizaciones de todo tipo<sup>399</sup>. Sin embargo, el Tribunal no entra en la alegación de la recurrente respecto de que la responsabilidad social no puede ser empleada como criterio de solvencia técnica, por no estar incluida en la enumeración cerrada que contiene el artículo 78 del TRLCSP, o su equivalente, artículo 90 de la LCSP 2017, porque las supuestas irregularidades del Pliego no fueron objeto de impugnación<sup>400</sup>. Tampoco lo hace ante un supuesto en el que el órgano de contratación da la razón a la empresa recurrente por tratarse -según dice- de una certificación de carácter voluntario que no aportaría valor al servicio, *“puesto que la misma se basa en acuerdos internacionales en materia laboral que ya están incluidos en la legislación correspondiente*<sup>401</sup>”.

<sup>397</sup> Resoluciones TACRC, núms. 143/2012, 70/2013, 782/2014.

<sup>398</sup> TACRC, Resoluciones: 1110/2017, de 24 de noviembre, 108/2016, de 5 de febrero, 261/2015, de 23 de marzo, y 782/2014, de 24 de octubre.

<sup>399</sup> Véase HERNÁEZ SALGUERO, Elena, “Las cláusulas de estrategia medioambiental en la doctrina de los tribunales de recursos contractuales”, págs. 189-197.

<sup>400</sup> Así, el TACRC, en su Resolución 408/2017, aunque referido a los criterios de adjudicación, se hace eco del considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE, recordando que *“la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa [...] en consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa.”*

<sup>401</sup> TACRC, Resolución 733/2017, de 24 de agosto.

Pues bien, conocido el alcance de un sistema de gestión medioambiental, en este apartado que desarrollamos, a los solos efectos de la acreditación del cumplimiento de unos requisitos o condiciones mínimas que han de haberse fijado en los pliegos de condiciones, pues sin ellos de nada sirve la exigencia de estar en posesión de una certificación de gestión medioambiental o su equivalente<sup>402</sup>; toca ahora analizar ¿qué medios de solvencia técnica establece la LCSP 2017 en sus artículos 88 a 90, susceptibles de ser acreditados mediante un sistema de gestión medioambiental?. El artículo 88 “Solvencia técnica en los contratos de obras”, así como el artículo 90 “Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios”, en sus respectivos apartados 1.d) y 1.f), se refieren a los *casos adecuados*, en los que podrán indicarse las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato, apartándose así de la previsión del artículo 62 de la Directiva 2014/24/UE, que deja en manos del órgano de contratación la exigencia de la presentación de estos certificados, sin ningún tipo de condición, de un modo más amplio y no limitada a los contratos de obras y servicios<sup>403</sup>, como se recoge en la LCSP 2017. Y de nuevo surge otra cuestión, ¿qué debemos entender por casos adecuados<sup>404</sup>?, ¿tiene algo que ver con la vinculación al objeto del contrato y su

<sup>402</sup> Los certificados no son en sí un requisito o condición de solvencia, “*sino solo un medio de acreditación de una concreta condición de solvencia técnica de las limitativamente determinadas en el artículo 90 de la LCSP ( para el contrato de servicios) en relación con sus artículos 86 y 91 de la misma Ley [...]*”, es precisamente sobre esos medios de solvencia sobre los que puede exigirse en el PCAP la presentación de certificados expedidos por organismos independientes y otros equivalentes, que acrediten que el empresario cumple con determinadas normas convencionales de gestión medioambiental. (TACRC, Resoluciones: 538/2018, de 1 de junio, 939/2018, de 11 de octubre, 1031/2018, de 13 de noviembre, 209/2012, de 11 de octubre). Es decir, que el cumplimiento por la empresa de las normas sobre gestión medioambiental, se acredita por medio de certificados de esta índole, expedidos por determinados organismos y con ciertos requisitos, incluidos sus equivalentes procedentes de organismos establecidos en cualquier Estado de la Unión Europea, debiendo aceptarse igualmente otras pruebas de medidas equivalentes (TACRC Resolución nº 624/2019, de 6 de junio).

<sup>403</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia y GÓMEZ FARIÑAS, Beatriz, en “Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental”, dicen que “*este silencio del legislador sobre la posibilidad de solicitar medidas de gestión ambiental en relación con los contratos de suministro encuentra difícil acomodo en el marco de la normativa europea e incluso de la propia norma española.*”. Si bien, admiten las autoras que una interpretación conforme con el Derecho europeo aconsejaría extender esta exigencia del sistema de gestión medioambiental también a los contratos de suministro, como de facto, se ha venido requiriendo. Piénsese por ejemplo en el suministro de productos químicos para una estación de tratamiento de agua potable (decantadores, cloro, carbón activo, etc.)

<sup>404</sup> Como por ejemplo, la capacidad de respetar un ecosistema durante la realización de una obra pública (Resolución del TACRC, núm. 782/2014, de 24 de octubre)

proporcionalidad<sup>405</sup>?. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y GÓMEZ FARIÑAS<sup>406</sup>, consideran que hemos de atender a las especiales repercusiones del contrato sobre el medio ambiente y a la sensibilidad ambiental de la zona en la que se llevará a cabo la ejecución del contrato, como por ejemplo, en el contrato de obras, las tareas de gestión de residuos (separación de materiales, tales como plásticos, PVC, madera, metales, fibrocemento, hormigones, arcillas; etiquetado, gestión autorizada de los mismos o consumo propio en el lugar de la obra). Las autoras, siguiendo *el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE*<sup>407</sup>, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hacen hincapié en la vinculación de los criterios de solvencia medioambientales al objeto del contrato<sup>408</sup>, como limitación más relevante, en la introducción de estas políticas horizontales en la contratación pública, para garantizar un uso eficiente de los fondos públicos y ofrecer una mayor seguridad y previsibilidad a las empresas, de modo que *“las medidas de gestión ambiental únicamente puedan exigirse en contratos que califican de especiales repercusiones sobre el medio ambiente y requieran de determinadas acciones de protección.”*,

<sup>405</sup> Véase Resolución 223/2012 del TACRC, de 11 de octubre, *“lo que se pida tiene que ser [...] vinculado y proporcional al objeto del contrato.”* Son cautelas para evitar la restricción no justificada de la libre concurrencia. La libre concurrencia exige de requisitos adecuados, al alcance de concursantes que gocen de la debida solvencia (Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Resolución núm. EB 2014/004, de 25 de febrero). En otro caso, se estarían vulnerando los principios básicos de la contratación pública, introduciendo obstáculos artificiales a la competencia (Resolución núm. 167/2017, de 5 de septiembre, del TARC de la Junta de Andalucía).

<sup>406</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia y GÓMEZ FARIÑAS, Beatriz, “Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental”, págs. 87 y ss.

<sup>407</sup> Comisión Europea, *Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, Bruselas, 27.1.2011, COM (2011) 15 final.

<sup>408</sup> TACRC, Resolución 32/2011 (Recurso 14/2011) en la que se afirmaba textualmente lo siguiente: *“para que se pueda exigir en el pliego la acreditación de normas de gestión medioambiental, [...] es requisito imprescindible que dicha exigencia sea acorde al objeto del contrato, ya que si atendiendo al mismo resulta que requerir dicha acreditación es desproporcionada o innecesaria, ello afecta claramente al principio de concurrencia empresarial y constituye por tanto una causa de nulidad de la cláusula del pliego que contenga esa exigencia.”* El TARC de la Junta de Andalucía, en su Resolución núm. 50/2016, 10 de marzo, requiere que la exigencia de un sistema de gestión medioambiental esté vinculada al objeto del contrato y sea proporcional, cumpliéndose los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación. En este caso, se analiza si prestaciones como la atención telefónica y la gestión administrativa derivada justificaban la exigencia de un sistema de gestión medioambiental, llegando a la conclusión de que no se entiende la necesidad de exigir la acreditación de la citada norma, resultando por tanto discriminatoria de unas empresas frente a otras, *“con clara vulneración del principio de concurrencia consagrado en la normativa sobre contratación pública.”*

aunque reconocen que esta interpretación estricta ha sido puesta en entredicho por diversos autores, entre ellos SASTRE DÍEZ<sup>409</sup> y SEMPLE<sup>410</sup>.

Y es que en el *Libro Verde*, al referirse al vínculo con el objeto del contrato, se reflexiona sobre la flexibilización de este requisito para poder avanzar en la realización de los objetivos de la estrategia Europa 2020, a través de la contratación pública. Entre otras cosas -dice- permitiría a los poderes públicos influir en el comportamiento de las empresas “*con independencia del producto o el servicio adquiridos, por ejemplo, para fomentar una mayor responsabilidad medioambiental o una mayor atención a la responsabilidad social corporativa [...]*”. Si bien, se apunta en el texto, cuando se considere esta posibilidad, deben sopesarse las contrapartidas con otras consideraciones políticas. Una vez más, se resalta ese equilibrio difuso, que venimos manteniendo, entre la consideración de aspectos sociales y medioambientales junto a la eficiencia en la compra pública, derivada de los principios originarios de la Unión en materia de contratación pública, como lo es el de libre competencia y sus derivados de no discriminación, transparencia e igualdad de trato. Solo así puede entenderse, que la perspectiva social y medioambiental introducida en la estrategia 2020 para un crecimiento sostenible e integrador, sea compatible con el uso eficiente de los fondos públicos. De este modo, se trataría de evitar que algunos operadores económicos de un país concreto, puedan verse favorecidos en detrimento de otros<sup>411</sup>, tanto en aspectos sociales (porcentaje de mujeres trabajadoras,

<sup>409</sup> DÍAZ SASTRE, Silvia, “Las cláusulas sociales en la Contratación Pública”, págs. 204-206, (<https://repositorio.uam.es/handle/10486/686468?show=full>). La autora entiende que sin perjuicio de las críticas a la falta o incompleta vinculación al objeto del contrato de los criterios no económicos, el criterio se ha positivizado en la Directiva 2014/24/UE, apuntándose en distintos momentos, tales como: “*en relación con las especificaciones técnicas [art. 42.1 y 3 a)]; con los criterios para etiquetas [considerando 75; art. 43.1 a)]; con la introducción de variantes (art. 45.1); con los criterios de selección (art. 58.1); con los criterios de adjudicación (art. 67.2); y, por último, con las condiciones de ejecución (considerando 104; art. 70).*”

<sup>410</sup> SEMPLE Abby, “The Link to the Subject-Matter: A Glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?”, en *Sustainable Public Procurement under EU Law: New perspectives on the State as Stakeholder* (Dir. Beate Sjaafjell; Anja Wiesbrock), Cambridge University Press, Cambridge, 2015, págs. 50-74

<sup>411</sup> “*Por ejemplo, en el caso del suministro de mercancías, el requisito de que los edificios de oficinas utilizados por los licitadores se calienten exclusivamente con energía solar podría favorecer a las empresas de aquellos Estados miembros cuyas condiciones meteorológicas específicas son especialmente favorables a la tecnología solar.*”. *Libro Verde de la Comisión Europea sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE.*



número de desempleados contratados, instalaciones de guardería), como en consideraciones medioambientales (gestión de residuos, etiquetas ecológicas, etc.).

A veces, como apunta DÍEZ, el problema no está en la relación, en nuestro caso, de los criterios de selección con el vínculo del contrato, sino con su falta de proporcionalidad<sup>412</sup>, adecuada a la complejidad técnica y dimensión económica del mismo, dado el riesgo que supone para el principio de libre competencia las prácticas discriminatorias y anticompetitivas.

De nuevo, se pone de manifiesto esta recurrente inseguridad en el establecimiento de aspectos o características sociales y medioambientales a través de las distintas fases del procedimiento administrativo de la contratación pública, de nuevo parece que sí, que es posible alcanzar bienes jurídicos de interés general a través del mismo, aunque solo indirectamente se vinculen al objeto del contrato, y de nuevo, una vez más, nos encontramos con la dificultad de salvar las propias limitaciones de los principios originarios del Tratado de Funcionamiento de la Unión, como lo es el repetido de libre competencia. Dos fuerzas que tensionan una herramienta, la de la contratación pública, entre la integración de políticas sociales y la eficiencia en la ejecución del gasto público. Pero, como venimos manteniendo, en la búsqueda del equilibrio que constituye el único camino a seguir para una efectiva y real integración de lo social, en sentido amplio, en los contratos públicos, se encuentra la posible solución. El *Libro Verde* no expresa otra cosa que la materialización de esa tensión *flexibilización y contrapartidas políticas*.

<sup>412</sup> DÍEZ SASTRE, Silvia, "Las cláusulas sociales en la Contratación Pública". Por su parte, el TACRC, en Resolución núm. 756/2018 de 7 de diciembre, justifica la exigencia de sistemas de aseguramiento medioambiental en un contrato cuyo objeto requiere organización presentando aspectos con repercusiones medioambientales, tales como "*Revisiones, reparaciones y mantenimiento en talleres autorizados por la empresa adjudicataria o arrendadora. - Reparación de carrocería en talleres autorizados por la adjudicataria o arrendadora. - Mantenimiento integral del vehículo. Será requisito indispensable que la empresa adjudicataria oferte una red de asistencia técnica y de mantenimiento que preste cobertura a los centros depositarios de los vehículos, pudiendo estar integrada por concesionarios oficiales de la marca respectiva o por talleres autorizados por el adjudicatario. - La I.T.V. se realizará a cargo del adjudicatario, en caso de ser necesario. - Reposición por deterioro de todos los elementos del vehículo, incluyendo el equipamiento accesorio ofertado. Sustitución del vehículo, según punto 11 del PPT.*" Pág. 207 del libro.

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

Difícil “*cuadratura*” entre una Europa que hunde hasta el tuétano el marchamo de la libre competencia y unos poderes adjudicadores inmersos en una competición por la inclusión de criterios sociales y medioambientales –de la innovación casi nadie habla- sin tener en cuenta el trabajo con datos, que efectivamente pruebe la obtención de la mejor calidad y precio y, por ende, la mayor eficiencia de la compra pública.

## **CAPÍTULO VI. Fase de preparación del contrato**

Hasta ahora, bajo la perspectiva estratégica de la contratación que desarrollamos, y en el ámbito subjetivo del contrato, nos hemos referido a la solvencia del empresario y de cómo ésta, articulada bajo los principios de concurrencia, no discriminación y proporcionalidad, sirve, quizás en menor medida que las fases subsiguientes de desarrollo del procedimiento, a caracterizar la compra pública de socialmente responsable, con las cautelas que han sido razonadas respecto del necesario equilibrio entre la libre competencia y su corolario de eficiencia, y la persecución de beneficios sociales, medioambientales o de innovación.

### **1. La causa pública de la preparación del contrato con perspectiva social**

Si nos atenemos al Código Civil, artículos 1274-1277, la causa de los contratos onerosos es la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, distinguiendo entre los remuneratorios -servicio o beneficio que se remunera- y los de pura beneficencia -la mera liberalidad del bienhechor-. Si no hay causa, tampoco efecto, y aunque no se exprese en el contrato, se presume su existencia y su licitud, mientras el deudor no pruebe lo contrario. Por su parte, la LCSP 2017, al delimitar su ámbito de aplicación, considera, como lo hace la Directiva 2014/24/UE, en su artículo 2.5)<sup>413</sup>, únicamente los contratos del sector público que tengan carácter oneroso, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, y define la onerosidad por referencia a los casos en los que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta. Partiendo de esta realidad causal del contrato público, en esta Memoria, que analiza el contrato público desde una perspectiva social, queremos trascender, sin negar el punto de partida, atendiendo a una vertiente teleológica<sup>414</sup>, que conecta el

<sup>413</sup> La Directiva, define los contratos públicos como “*contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios.*”.

<sup>414</sup> Así, el Informe 1/2010, de 3 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, recordándonos que la “*causa del contrato, viene determinada por la finalidad que las partes*

contrato, como herramienta, con la necesidad de satisfacer las necesidades de los ciudadanos, debidamente canalizadas a través de las administraciones públicas.

En este sentido, la causa pública del diseño y preparación de un contrato, en sentido amplio o teleológico, consiste en la satisfacción de las necesidades citadas, expresas o implícitas, que se convierten en techo y suelo de la capacidad para contratar del conjunto de entidades que conforman el sector público, según sus fines de interés público. Así, el artículo 28 de la LCSP 2017, al señalar que: *“Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines institucionales<sup>415</sup>”*, y el considerando núm. 4 de la Directiva 2014/24/UE, avanzando que las normas de la Unión sobre contratación pública *“no tienen por objeto regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público.”*

Para hacer posible la convergencia entre los intereses y expectativas públicas a satisfacer<sup>416</sup>, consecuencia de unas necesidades ciudadanas detectadas, y los resultados esperados (prestaciones y servicios), contamos con una herramienta clásica, como la contratación pública, en la provisión de bienes y servicios y, a su vez, potente inductor para obtener objetivos de política social y medioambiental.

*persiguen con el mismo y las circunstancias que motivan que éstas tengan necesidad de la prestación que constituye el objeto contractual.”*

<sup>415</sup> Si bien, no es habitual que los órganos jurisdiccionales entren a valorar la pertinencia de las razones aducidas por los órganos de contratación para la licitación de los contratos. En este sentido la STSJ de Castilla y León, de Burgos, de 17 de enero de 2003, de la que se desprende que, recogida la justificación del contrato en el expediente, corresponde al recurrente la carga de demostrar que no se ajusta a la realidad.

<sup>416</sup> Necesidades de la Administración, según recoge el artículo 116.4.e) de la LCSP 2017: *“La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.”*

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

Pero, fijémonos en la siguiente representación gráfica, reveladora de este proceso de convergencia de intereses ciudadanos/fines institucionales y obtención de bienes y servicios con perspectiva social:

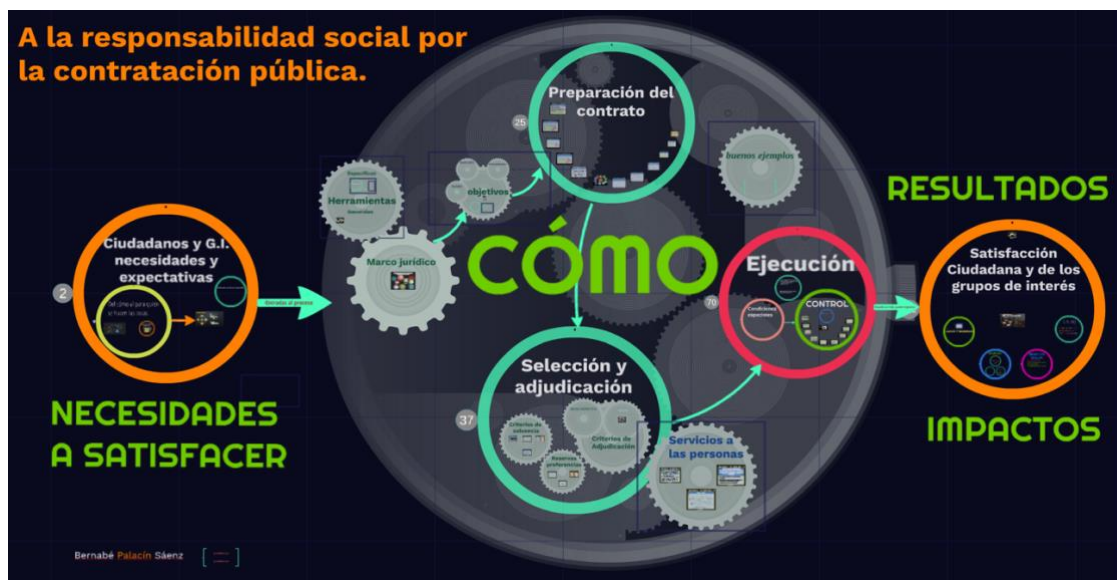


Ilustración 6. Integración de la RS en la contratación pública. Fuente propia

En efecto, se trata de un mapa ideal, que representa un proceso transversal de cualquier organización pública, en el que no sólo se tienen en cuenta los aspectos cruciales del procedimiento de la contratación pública, tales como las necesidades tecnológicas, legales, técnicas y metodológicas, agrupadas en torno a ese nódulo central que responde a la cuestión del “cómo” se hace, sino además, y es lo relevante de esta representación, el “qué y para quién” y los impactos producidos en la sociedad.

Y es que, mucho antes de preguntarnos por la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado y sobre la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, elementos que integran la fase de preparación del contrato, localizados en ese nódulo central; precisamos situar la escena de la lógica representada en los ciudadanos y grupos de interés, y sus expectativas, especialmente la de aquéllos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Es en este contexto donde encontramos la función

social y estratégica prevista en la LCSP 2017, al incorporar criterios sociales y medioambientales vinculados al objeto del contrato.

Sobre la base de estas necesidades y expectativas de los grupos más vulnerables, a la vez afectados por los impactos medioambientales derivados del consumo de bienes y servicios por el sector público, grafados en círculo a la izquierda de la representación, se llega al proceso productivo, esto es, al procedimiento administrativo de la contratación, contemplado en el círculo central, en cuyo extremo izquierdo aparecen las herramientas y el marco jurídico de aplicación, completado con las fases del procedimiento que desarrollamos en este apartado.

Finalmente, después de ver el funcionamiento de la *maquinaria administrativa*, queda aún por comentar una parte que no suele interesar al gestor del contrato, ni a las unidades proponentes, ni al control interno, sea económico o jurídico. Nos referimos al tercer nódulo de la secuencia, a los resultados e impactos, tan necesarios para el conocimiento de la efectividad de las políticas sociales y medioambientales. Esto no es una cuestión baladí, pues como digo en un trabajo anterior<sup>417</sup> *“aquí se cierra la secuencia EXPECTATIVA-EJECUCIÓN-SATISFACCIÓN, que concede otro enfoque, más amplio, a la herramienta de licitación, para incidir en una mejor calidad prestacional.”* Recordemos que el Parlamento Europeo no tiene clara la efectividad de estos beneficios sociales, y pide que se realicen más investigaciones y evaluaciones de impacto para realizar recomendaciones a las empresas.

## **2. El diseño de la prestación**

Nos adentramos ahora en la fase de diseño de la prestación, fase crítica del procedimiento, que como hemos dicho, pone en relación la cohesión de su objeto con una finalidad pública que satisfacer, de un modo eficiente y valorando, como dice el art. 28 citado de la LCSP 2017, la incorporación de consideraciones

<sup>417</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “La calidad como objetivo permanente en la prestación de los servicios.”.

sociales, medioambientales y de innovación, promoviendo la participación de las PYMES y las empresas de economía social (artículo primero de la citada LCSP). De paso crucial lo califica el Manual de Adquisiciones Ecológicas, antes de iniciar el proceso de contratación, evaluando sus necesidades reales, teniendo en cuenta el posible impacto ambiental del contrato y la consulta a usuarios internos o finales, cuyo resultado puede revelar la posibilidad de adquirir volúmenes inferiores o decantarse por opciones más respetuosas con el medio ambiente<sup>418</sup>. Si bien, como dice PERNAS GARCÍA<sup>419</sup>: *“El órgano de contratación deberá extender las posibilidades de integración ambiental hasta la frontera marcada por las limitaciones técnicas o por los costes económicos desproporcionados o contrarios al principio de eficiencia.”*

Antes incluso de la realización de la memoria de necesidad, a la que se refiere el artículo 28 de la LCSP 2017, se ha de diseñar la prestación o el objeto mismo del contrato<sup>420</sup>. Se trata de la evaluación de las necesidades reales a satisfacer<sup>421</sup>, teniendo en cuenta los elementos personales, recursos materiales y medios e instalaciones precisos para su ejecución. En este sentido, el contrato proyectado, que ha de ser idóneo<sup>422</sup> y conforme con la necesidad detectada,

<sup>418</sup> Comisión Europea, Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica, tercera edición, págs. 26 y ss. *“en algunos casos, la mejor solución puede ser no adquirir nada en absoluto. Por ejemplo, es posible que pueda compartir recursos o equipos con otras autoridades. La adquisición de productos reutilizados, reciclados o remanufacturados también puede contribuir a la idea de una economía circular.”* El Manual sugiere que una buena forma de obtener una visión global del impacto medioambiental del contrato que se diseña es la consulta de los criterios de CPE de la UE, así como los informes técnicos de antecedentes. En ellos se explican efectos y formas de abordarlos.

<sup>419</sup> PERNAS GARCÍA, José, *Contratación Pública Verde*, pág. 70.

<sup>420</sup> Repárese que en la definición del objeto se han de tener en cuenta las consideraciones sociales, ambientales y de innovación (artículo 35.1.c) de la LCSP 2017).

<sup>421</sup> TACRC, Resolución núm. 600/2017, de 30 de junio, *“el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP.”* TACRC, Resolución núm. 926/2017, de 11 de octubre. *“corresponde al órgano de contratación la definición de las necesidades a satisfacer y determinar las características de los productos a suministrar.”*

<sup>422</sup> En este sentido, la Resolución del TACP de Madrid núm. 104/2016, de 1 de junio: *“La organización de los servicios es potestad del Ayuntamiento, pero eso no significa que no esté obligado a justificar, detalladamente, la necesidad e idoneidad del contrato, es decir, determinar si es más idóneo en términos cualitativos y cuantitativos mediante un informe detallado si es preciso realizar el servicio directamente o mediante privatización.”* La Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 2011, refiriéndose a la necesidad e idoneidad del contrato, dice que *“no es un simple requisito formal, sino que es un trámite esencial del procedimiento, que actúa como presupuesto habilitante para proceder a la contratación.”*

contendrá un análisis del Convenio de aplicación, de la representación de la mujer en el sector de actividad correspondiente, de la compatibilidad de las tareas a realizar con la prestación por personas con discapacidad, el establecimiento de estándares de ejecución por actividad, tales como frecuencias, número de personas a adscribir, jornadas, horarios, la ponderación de la mano de obra necesaria y su mecanización y el posible incremento de su empleabilidad, las posibilidades de ahorro de agua y energía asociadas a la prestación, la eficiencia energética<sup>423</sup>, la utilización de productos procedentes de reciclado y, a su vez, reciclables. Además, se evaluarán los costes directos e indirectos de la prestación, considerando todas circunstancias tanto intrínsecas al órgano de contratación, como extrínsecas de apoyo a otras políticas, sociales, medioambientales o de innovación, de las que igualmente resulta beneficiario<sup>424</sup>.

En esta fase incipiente de la preparación del contrato, habrá de plantearse igualmente cómo afecta el modelo de gestión, público o privado, a la prestación del servicio. Frente al tradicional aforismo sindical, de que todo servicio prestado directamente, es de mayor calidad, más barato y más fiable; pueden oponerse algunas realidades como la falta de flexibilidad del empleado público (horarios y jornadas que no se acomodan a la continuidad de algunos servicios, dificultad de sustituir a compañeros con licencia reglamentaria, rendimiento estándar más discreto, etc.), unos costes salariales poco competitivos, y unos derechos sociales que se sitúan por encima de la media, sea cual fuere el sector a comparar. Ahora bien, esto no quiere decir que todo servicio público prestado por un colaborador privado sea mejor *per se*, sino que hay que demostrarlo<sup>425</sup>, y

<sup>423</sup> TARC de la Junta de Andalucía, Resolución 151/2018, de 23 de mayo: *“se justifica la necesidad e idoneidad del contrato en los términos exigidos en el artículo 22 del TRLCSP, así como las ventajas, relacionadas con el ahorro energético, que se derivarían para la Administración con su ejecución.”*

<sup>424</sup> Dice el artículo 73.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. 1098/2001, de 12 de octubre, que los departamentos proponentes precisarán los elementos básicos que permitan definir la necesidad, características e importe de las prestaciones.

<sup>425</sup> TACP de Madrid núm. 104/2016, de 1 de junio: *“Con la legislación vigente (se refiere al TRLCSP, pero igualmente aplicable la LCSP 2017) corresponde al órgano de contratación la decisión de cómo gestionar los servicios públicos con la carga de justificar motivadamente la necesidad de la externalización y la idoneidad de la contratación, permitiendo que no se acuda a la ampliación de los medios existentes o que se proceda a la redistribución de los mismos a otras funciones si en el informe justificativo se considera que es la mejor manera de conseguir el objetivo pretendido.”*



la memoria de necesidad del contrato es el documento idóneo para analizar la oportunidad de su prestación directa o mediante la colaboración de un operador económico que aporta conocimiento experto y financiación a la ejecución del contrato. Sólo después de esta operación, valorando igualmente el conocimiento de nuestros empleados y las necesidades organizativas, podrá tomarse la decisión óptima para los ciudadanos, prestación pública o privada<sup>426</sup>. Debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión, dice GIMENO, más allá de las personales posiciones ideológicas, en beneficio del derecho a una buena administración<sup>427</sup>.

Por tanto, cuando el artículo 116 de la LCSP 2017 se refiere al inicio del expediente de contratación y exige motivar<sup>428</sup> la necesidad del contrato en los términos del artículo 28, ha de contarse ya con una aproximación a su objeto que contenga el esquema o boceto del contrato que se pretende o, en su caso, de la alternativa más eficiente de prestación directa. Más tarde, vendrá la integración de un expediente administrativo en el que consten los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares, así como la justificación de la elección del procedimiento de licitación, la clasificación que se exija a los participantes, los criterios de solvencia y de adjudicación, las condiciones

<sup>426</sup> A menudo, se ha “demonizado” la colaboración de los operadores económicos en la prestación de obras, suministros y servicios públicos, pareciendo que fueran el mal necesario para llevar a cabo la ejecución de las políticas públicas. Así, si nos referimos a su conocimiento experto, se trata de un “*invento*”, pues está demostrado que la gestión directa es de más calidad y responsabilidad; si nos referimos a la oportunidad o no de externalizar, no cabe ni plantearse pues, casi siempre, se debe a una decisión política con no sé qué intereses poco confesables y nunca, o casi nunca a una decisión basada en la razón, mediante herramientas de análisis que anticipan el cuerpo de la externalización; si nos referimos a la financiación nos sale más caro; si nos referimos al control y evaluación, o no lo realizamos o, si establecemos mecanismos, serán ineficaces por la tendencia “*escapista*” de los intereses contrapuestos. Sin embargo, la colaboración, la eficaz colaboración en la ejecución de un contrato, requiere del establecimiento de lazos de comunicación y comprensión de las mutuas necesidades de la relación contratante/contratista.

<sup>427</sup> GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>., “La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP...”, pág. 94.

<sup>428</sup> De trámite esencial, para proceder a la contratación externa, lo califica el TS en su sentencia de 3 de noviembre de 2011. Esta justificación, según el alto Tribunal “*va más allá de lo que ordinariamente se entiende como el deber de «motivar» determinadas actuaciones de la Administración; y ello, no solo porque el precepto habla de «justificar» y no de «motivar o motivación», sino porque a dicho verbo le acompaña el adverbio debidamente, lo que indica que no basta con que se haga explícita referencia a que se dan los supuestos de hecho de la norma, sino que además es preciso que tales supuestos de hecho queden acreditados de manera suficiente.*” De forma “*cumplida, suficiente*”, reitera la Sentencia de la Sección 7<sup>a</sup> del mismo Tribunal y fecha.

especiales de ejecución, el valor estimado del contrato con desglose del presupuesto base de licitación en costes directos e indirectos, incluyendo los costes laborales si existiesen, la necesidad a la que se pretende dar satisfacción y su relación con el objeto del contrato, el informe de insuficiencia de medios o la decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato.

Las consecuencias de la omisión del informe de necesidad e idoneidad del contrato se han considerado como vicio de anulabilidad. Así la STS de 18 de noviembre de 2003, y la STSJ de Cataluña, de 14 de abril de 2005. Frente a ellas, calificando la omisión de nulidad, la STS de 3 de noviembre de 2011, que considera que la exigencia del artículo 202.1 del TRLCSP, sobre la debida justificación de la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho, cuya existencia es presupuesto para poder contratar, va más allá de lo que ordinariamente se entiende como deber de *motivar*.

### **3. El objeto del contrato y su necesaria vinculación con los criterios de adjudicación, especificaciones técnicas y condiciones especiales de ejecución.**

Ya nos hemos referido en el Capítulo IV.11 a la difícil vinculación de algunos criterios de adjudicación sociales con el objeto del contrato, y especialmente analizado el artículo 145.6 de la LCSP 2017, que introduce un alcance amplio, hasta la fecha desconocido en el ordenamiento interno de la contratación pública, al incluir en su definición los factores que intervienen en los procesos de producción, prestación o comercialización de las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas o sistemas productivos medioambiental y socialmente sostenibles y justas. En este apartado, nos vamos a ocupar de esta vinculación, pero asociada a las prescripciones técnicas, y a las condiciones especiales de ejecución.

El objeto del contrato, dice el artículo 99 de la LCSP 2017, deberá ser determinado, y se definirá por el órgano de contratación de un modo claro, concreto y preciso, para evitar dudas y ambigüedades durante su período de

ejecución<sup>429</sup>. Así, la correcta delimitación del objeto del contrato se erige en elemento clave del aseguramiento de las prestaciones, tanto desde un enfoque legal como material, y durante las fases de preparación y adjudicación, y ejecución. El objeto del contrato, puede ser definido en atención a las necesidades y funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrarlo a una solución única. En especial, nos concreta este artículo, se definirán de este último modo los contratos con un perfil estratégico en los que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales, capaces de mejorar la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten. Lógica consecuencia de planteamientos abiertos e innovadores para los que el órgano de contratación no tiene conformada, o no existe, una prestación única que satisfaga sus necesidades. En la figura siguiente pueden verse las interrelaciones del objeto con las características y elementos sustanciales de la relación que conforma el contrato:



Ilustración 7. El objeto del contrato. Fuente propia

<sup>429</sup> No conviene olvidar que, según establece expresamente el artículo 1288 del Código Civil, "la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad."

La Directiva 2014/24/UE, dice en su artículo 42, que las especificaciones técnicas definen las características exigidas de una obra, un servicio o un suministro, y pueden referirse también al proceso o método específico de producción o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, aunque dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, pero siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden la debida proporción con el valor y los objetivos de éste<sup>430</sup>. Y, en parecidos términos se expresa el artículo 126 de la LCSP 2017. Parece una tautología porque si son las especificaciones técnicas las que definen el objeto, necesariamente han de estar vinculadas a él, ya que son el material genético de su construcción. Y, ciertamente, en esta fase del procedimiento, resulta más compleja la posibilidad de contemplar beneficios indirectos para el órgano de contratación, tales como los previstos para los criterios de valoración, donde, cómo hemos visto, es posible atender a factores o medios, y formas o métodos de producción, que solo parcialmente responden a las características intrínsecas de la prestación. De ahí que, siendo las especificaciones técnicas elementos definitorios y delimitadores del objeto del contrato y, por tanto, de su prestación intrínseca, será posible contemplar características sociales o medioambientales relacionadas con aquellos elementos, como por ejemplo, la accesibilidad de las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios<sup>431</sup>; aspectos que desarrollaremos en el subapartado 4) siguiente. Otra cosa será la utilización laxa del concepto de vinculación cuando los factores o los medios de producción afectan a la calidad de servicio, aunque sea indirectamente.

<sup>430</sup> Así, el TACRC, en su Resolución núm. 1147/2017, de 1 de diciembre.

<sup>431</sup> Comisión Europea, *Adquisiciones sociales, Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas...* Dice la Guía: “*las especificaciones técnicas deben estar vinculadas al objeto del contrato. Los requisitos que no guardan relación con el producto o el servicio por sí mismo, como un requisito relacionado con la forma en que se administra una empresa, no constituyen especificaciones técnicas según el sentido de las Directivas de contratación. De esta manera, los requisitos que se refieran, por ejemplo, a la contratación de personal de determinados grupos (personas con discapacidad, mujeres, etc.) no califican como especificaciones técnicas.*” (pág. 29).

La Guía de Compra Responsable del Gobierno de Navarra<sup>432</sup> encuentra en las prescripciones técnicas un motivo más para fijar requisitos sociales que caracterizan el producto o servicio, fijando a modo de condición que la descripción del mismo y su presentación, incluidos los requisitos de envasado, estén vinculados al objeto del contrato. En parecidos términos, el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable<sup>433</sup>, que en su apartado Séptimo “Inclusión de consideraciones sociales en los pliegos”, se refiere a la definición del objeto del contrato, teniendo en cuenta las consideraciones sociales que habrán de recogerse en los documentos de formalización de los contratos. A continuación, como si se tratara de una asociación indisoluble, se recogen las consideraciones que los órganos de contratación han de observar al establecer las prescripciones técnicas, como conjunto de especificaciones en las que se definen las características de un material, producto o servicio, incluido el impacto social o laboral, la accesibilidad universal y el diseño para todas las personas.

Por su parte la Guía de Adquisiciones Sociales<sup>434</sup> se refiere al objeto del contrato y a su traducción en especificaciones técnicas detalladas que puedan aplicarse directamente, asignándoles una triple función: descripción de los requisitos de la contratación, para que las empresas determinen su nivel de competencia; muestrario de requisitos medibles, sobre los cuales pueden evaluarse las licitaciones, y establecimiento de criterios de cumplimiento mínimos.

A su vez, los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales de ejecución en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato<sup>435</sup>, en el sentido del artículo 145, no sean directa

<sup>432</sup> *Guía de compra responsable. Pautas de aplicación*, consultado en internet en la dirección: <https://portalcontratacion.navarra.es/documents/880958/1690345/Guiacompraresponsablepautasaplicacion.pdf/5f5fbf7a-ffd3-1847-082c-6d64993c4310?t=1549874778700>

<sup>433</sup> Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

<sup>434</sup> Comisión Europea, *Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, págs. 29 y ss.

<sup>435</sup> La Resolución núm. 453/2019, de 25 de abril, del TACRC, consideró que “la condición especial de ejecución consistente en la contratación para la ejecución de la prestación objeto del

o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos (artículo 202 LCSP 2017). En este sentido, la Directiva 2014/24/UE, cuyo artículo 70 establece: “*Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación.*”. Ambos preceptos remiten al sentido de la vinculación desarrollada en el tratamiento de los criterios de adjudicación y, por tanto, a diferencia de las prescripciones técnicas cuya delimitación necesita del mismo objeto del contrato, esto es, de su carácter intrínseco, las condiciones especiales de ejecución podrán fijarse con referencia a los factores y medios o sistemas y métodos relacionados con la producción, prestación o comercialización de las obras suministros o servicios, excluyendo los requisitos relativos a la política general de la empresa, según establece el considerando núm. 104 de la Directiva. Las condiciones especiales de ejecución deben estar alineadas a las necesidades que pretenden satisfacerse con el objeto del contrato evitando cualquier limitación en el acceso a la licitación, al menos de modo desproporcionado respecto del fin a conseguir<sup>436</sup>.

Sin embargo, una vez más se producen distintos alineamientos entre los órganos administrativos especializados en la resolución de recursos contractuales, cuando nos fijamos en el mantenimiento de las mejoras salariales a lo largo del

*contrato de trabajadores en situación de desempleo, sea o no de larga duración [...]”, está vinculada al objeto del contrato, por realizarse en el cumplimiento de su prestación, si bien, entiende que resulta discriminatoria en relación con los desempleados que no se hallen domiciliados en el municipio de ejecución del contrato, favoreciendo a unos respecto de otros. Otra Resolución del TACRC, la núm. 457/2019, de 30 de abril, se plantea si la exigencia, como condición especial de ejecución, de una póliza de responsabilidad medioambiental, en un contrato de transporte de lodos en las lagunas del EDAR de Ferreries, puede considerarse vinculada con el objeto del contrato en el sentido del artículo 202.1 de la LCSP 2017; concluyendo que está plenamente justificada por su directa relación con el objeto del contrato. Igualmente, considera el TACRC, en su Resolución núm. 911/2019, de 1 de agosto, que la exigencia de un seguro de responsabilidad civil está justificada por el propio objeto del contrato, que es la prestación de un servicio de vigilancia y control de acceso por la propia naturaleza de la prestación, a fin de garantizar los daños que puedan sufrir las personas o las cosas. Por el contrario, el mismo Tribunal, en su Resolución 1071/2018, 23 de noviembre, considera que no es posible admitir la inclusión del cumplimiento de obligaciones tributarias como condición especial de ejecución, al no existir vinculación con el objeto del contrato, ya que en nada afecta a la ejecución ni a los factores que intervienen en ella.*

<sup>436</sup> Véase en este aspecto la Resolución del TACRC, núm. 894/2017, de 5 de octubre.

tiempo de ejecución del contrato. De este modo, mientras el TACRC<sup>437</sup> las considera extrañas a la relación jurídica administrativa al regular aspectos propios de la relación laboral atinente al empresario-trabajador, el TACP de Madrid<sup>438</sup>, entiende que se trata de una mejora en la calidad en empleo, y forma parte de la finalidad estratégica que puede perseguirse con la contratación, evitando que se ponga en entredicho la ejecución del contrato como consecuencia del bajo nivel salarial que se satisface a los trabajadores<sup>439</sup>.

No procede un desarrollo más exhaustivo de este apartado, puesto que únicamente se trata de ver la relación de ambos elementos, especificaciones técnicas y condiciones especiales de ejecución, con la necesaria vinculación al objeto del contrato en el sentido analizado del artículo 145 de la LCSP 2017, esto es, referidos a la prestación, intrínseca en el caso de las prescripciones técnicas, y más amplia, incluyendo los factores y métodos, formas o sistemas de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros y servicios, en el supuesto de las condiciones especiales de ejecución, sin que en ningún

<sup>437</sup>En la Resolución del TACRC núm. 662/2018, de 6 de julio, se analiza el compromiso de mantener durante la vigencia del contrato las retribuciones que, como mínimo, sean las que figuren en el Convenio Estatal de Empresas de Seguridad vigente, y llega a la conclusión de que tal cláusula, establecida como condición especial de ejecución, incide sobre aspectos que no pueden ser regulados por la Administración, ni afectan al contenido de la relación jurídica entre Administración y adjudicatario.

En su Resolución núm. 1071/2018, de 23 de noviembre, el TACRC, basándose en la doctrina del TJUE, resultante de sus sentencias de 3 de abril de 2008, Asunto C.346/06 RÜFFERT; 18 de septiembre de 2014, Asunto C-549/13 y de 17 de noviembre de 2015, Asunto C-115/14, considerando en esencia *“que la imposición de una condición especial de ejecución consistente en establecer una medida de protección mínima de los trabajadores consistente en que se les pague un salario mínimo establecido, es discriminatoria si esa condición no está establecida con carácter general y obligatoria y debidamente determinada por una norma legal o por un convenio colectivo declarado de general aplicación para todo el sector de actividad a que se refiere la licitación y para todos los contratos públicos que se celebren en dicho territorio de aplicación de la norma o del convenio.”*; concluye que la obligación de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación, puede interpretarse que no excluye la excepción del Convenio de empresa descolgado del Convenio sectorial, pues en caso contrario se incurriría en un efecto discriminatorio no admisible, incumpliendo los requisitos exigidos por el TJUE.

<sup>438</sup>En contra, la Resolución 331/2017, de 8 de noviembre, del TACP de Madrid, arguyendo que no cabe hablar de injerencia en la política salarial de las empresas, teniendo en cuenta que la Directiva 2014/24/UE, se incluyen algunas condiciones especiales de ejecución que afectan, posiblemente, a las condiciones salariales de los trabajadores, tales como *“eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, desigualdades que en la mayoría de los casos son de índole salarial.”*

<sup>439</sup>TACRC, Resolución núm. 196/2017, de 5 de julio, destaca la peculiar situación del sector de la seguridad en España, con reducción de salarios en una media del 30%, fruto del descuelgue del Convenio Sectorial.

caso resulten discriminatorias, y sean proporcionadas y compatibles con el derecho de la Unión, como nos recuerda el artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo que luego se dirá al tratar las posibilidades de integración de beneficios sociales a través de las correspondientes fases del procedimiento, en las que se integran ambos elementos, se advierte ya en el tratamiento de su vinculación esta difícil relación con determinados aspectos de carácter social como son las mejoras salariales y de condiciones de trabajo, que reabren la polémica y posicionamiento de los TARC, ya anticipado en el desarrollo del apartado 11 del Capítulo IV. De nuevo, el tratamiento de la vinculación al objeto del contrato resulta clave, de ahí su análisis previo para, sobre la base de la doctrina administrativa y judicial, llegar a conclusiones lo más consensuadas o, en su caso, mayoritarias, que eviten la ambigüedad y, por ende, el retraimiento de los órganos de contratación para establecer beneficios sociales en todas las fases del procedimiento administrativo de la contratación.

#### **4. Especificaciones técnicas: “la conversión de la idea en lo concreto<sup>440</sup>”. Referencias de formulación.**

Como hemos dicho en el apartado anterior, el objeto del contrato, debe ser determinado, y se definirá por el órgano de contratación de un modo claro, concreto y preciso, apoyándose para ello en las especificaciones técnicas<sup>441</sup>, definitorias de las calidades de la prestación y de sus condiciones sociales y ambientales, según los requisitos establecidos para cada contrato (art. 124 LCSP 2017). Se trata de requisitos técnicos imperativos<sup>442</sup>, ambientales o

<sup>440</sup> “Es como convertir un boceto en un cuadro”, Comisión Europea, *Adquisiciones ecológicas*, pág. 28.

<sup>441</sup> “En las especificaciones técnicas los poderes adjudicadores pueden establecer aquellos requisitos sociales que caractericen el producto o el servicio de que se trate, como la accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios.” Así lo establece la Resolución 660/2018, de 6 de julio, del TACRC, referenciando el considerando núm. 99 de la Directiva 2014/24/UE. En iguales términos el expediente 84 y 89/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

<sup>442</sup> Como por ejemplo, en un supuesto de compra de mobiliario: “Procedencia de la madera: “en caso de que se utilice madera en los juegos infantiles, en los cerramientos o bancos, ésta deberá



sociales<sup>443</sup>, no valorables<sup>444</sup>, que pueden llevar a la exclusión del contratista y sobre los cuales no existe posibilidad de negociación<sup>445</sup>.

En el ámbito de tratamiento que seguimos, las prescripciones técnicas se consideran la puerta de acceso al procedimiento licitatorio, desde la mera concreción del objeto del contrato, anticipando ya ese carácter estratégico que se quiere conferir a la contratación pública, introduciendo características sociales<sup>446</sup> y medioambientales<sup>447</sup> no “dudosas” de su alineamiento o vinculación

*estar certificada mediante certificado FSC (Forest Management and Chain of Custody) o equivalente, mediante el cual se certifica que [...]*”.

• *Pinturas y barnices: «Las pinturas y barnices que se utilicen deberán contar con «Etiqueta Ecológica Europea» (o equivalente) en su categoría correspondiente. Esta etiqueta certifica que [...]».* Véase *Manual Práctico de Compra y Contratación Pública Verde*, IHOBE, Sociedad Pública del Gobierno Vasco, 3ª edic. 2010, pág. 442.

<sup>443</sup> El considerando núm.99 de la Directiva 2014/24/UE, se refiere a la potestad de los poderes adjudicadores para establecer los requisitos sociales que caractericen el producto o servicio de que se trate, “*como la accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios.*”.

<sup>444</sup> Aun cuando el Plan de Contratación Pública Ecológica, concede cierta ambivalencia para considerar los supuestos de cláusulas medioambientales que cita, a modo de especificaciones técnicas y/o criterios de adjudicación, como por ejemplo en el ámbito de la alimentación y servicios de restauración, la “*compra de alimentos de producción ecológica o la compra de productos animales con niveles de bienestar elevados*”. La oportunidad de su utilización como requisito exigible o como criterio de adjudicación, vendrá definida por el necesario equilibrio entre la utilización estratégica de la contratación, en este caso con criterios medioambientales, y el libre acceso a las licitaciones, para conseguir una elevada concurrencia. La Guía de Adquisiciones sociales, nos dice que, “*en líneas generales, es más apropiado incluir los aspectos sociales relacionados con las condiciones laborales en las cláusulas de cumplimiento del contrato, ya que generalmente no reúnen los requisitos, de especificaciones técnicas ni criterios de selección, dentro del alcance de las Directivas de contratación. Por otro lado, suele ser más apropiado incluir las consideraciones sobre accesibilidad en las especificaciones técnicas.*”.

<sup>445</sup> Así, Martín M<sup>a</sup> RAZQUÍN LIZÁRRAGA, en “Mecanismos para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos”, pág. 161, y la STJUE, de 5 de diciembre de 2013, en la que se afirma que: “*la Directiva 2004/18/CE, no autoriza a la entidad adjudicadora a negociar con los licitadores ofertas que no cumplan los requisitos imperativos establecidos en las especificaciones técnicas del contrato.*”.

<sup>446</sup> PINTOS SANTIAGO, Jaime y CÁCERES LUARTE, Natalia, “Enfoque de género en materia de contratación pública: desarrollo, situación actual y la promoción de éste en la legislación española y chilena”, *Contratación Administrativa Práctica*, N° 154, Marzo-Abril 2018, Editorial Wolters Kluwer, pág. 5. De este modo, reflexionan los autores, “*es posible establecer, por ejemplo, como obligación la paridad entre hombres y mujeres dentro del personal a adscribir al contrato, siempre que todos ellos cumplan las condiciones que se establezcan para el mencionado personal.*”.

<sup>447</sup> La LCSP 2017, en su artículo 125, cita características tales como: el impacto social, laboral, ambiental y climático de los materiales, accesibilidad universal y diseño para todos, envasado, marcado y etiquetado, niveles de comportamiento ambiental y climático, y el rendimiento. Por su parte, la *Comunicación Social*, anticipa algunos ejemplos que pueden contener las normas técnicas nacionales obligatorias compatibles con el Derecho comunitario. De este modo, pueden incluirse requisitos relativos, por ejemplo, “*a la seguridad de los productos, la higiene y la protección de la salud o el acceso por parte de las personas discapacitadas a determinados edificios o medios de transporte público (por ejemplo, anchura de los pasillos y las puertas, aseos adaptados, rampas de acceso) o a ciertos productos y servicios (por ejemplo, en el campo de las*

con aquél. Las prescripciones técnicas definen el objeto del contrato, convirtiéndose en un elemento causal a cuyo abrigo pueden introducirse y cobrar total sentido otros aspectos sociales y medioambientales en las fases de adjudicación y ejecución, como si de un todo sistémico se tratara, para impedir esa falta de vinculación al objeto del contrato, tantas veces denunciada por la doctrina y la jurisprudencia. Las prescripciones técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción, de prestación de las obras o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material, siempre que estén vinculados al objeto del contrato, guardando la debida proporción con el valor y los objetivos del mismo (Artículo 126.2 LCSP 2017).

En este sentido, un requisito que no guarde relación alguna con el objeto del contrato, como por ejemplo *“la exigencia de que la empresa se gestione de una determinada manera, no constituye una especificación técnica a efectos de las Directivas sobre contratos públicos y no puede ser impuesto. Como ejemplos de exigencias que no pueden considerarse especificaciones técnicas, se menciona la utilización en las oficinas de la empresa de papel reciclado, la aplicación de un método concreto de tratamiento de residuos para las oficinas de la empresa, o la contratación de grupos específicos de trabajadores (minorías étnicas, discapacitados, mujeres)”*<sup>448</sup>. Aspectos, todos ellos que, según la *Comunicación Social*, se apartarían del carácter intrínseco que presumimos de las especificaciones técnicas en cuanto definitorias del objeto del contrato. Si bien, podría discutirse la inclusión en la misma categoría de los grupos específicos de trabajadores, pues tal y como venimos defendiendo en esta Memoria, podrían formar parte del objeto como factores de la producción, o de un método específico de producción que toma en consideración el factor social expresado en la vulnerabilidad de determinados grupos de trabajadores, como los citados.

*tecnologías de la información).*”. En el caso de las obras, pueden incluirse prescripciones técnicas, relativas a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores adscritos, tales como la señalización y el almacenamiento de productos peligrosos o la definición de un plan de circulación de la maquinaria.

<sup>448</sup> Así, la *Comunicación Social*, pág. 8 del texto.

Sin embargo, las prescripciones técnicas en general, y en particular las derivadas de esta perspectiva socio-medioambiental, no podrán servir al propósito de impedir a los empresarios acceder en condiciones de igualdad al procedimiento y, por tanto, a la libre competencia de los mismos (artículo 126.1 LCSP 2017)<sup>449</sup>. O como dice la doctrina consolidada del TACRC<sup>450</sup>, las exigencias de los pliegos de prescripciones técnicas han de ser interpretados de modo que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales de la contratación, tales como la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato, y eficiente utilización de los fondos públicos.

Cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, sirviendo como referencia la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, aprobada por R.D.Leg. 1/2016, de 16 de diciembre<sup>451</sup>.

En cuanto a su formulación, sin perjuicio de instrucciones y reglamentos técnicos, compatibles con el derecho de la UE, admite dos formas básicas que pueden combinarse entre sí<sup>452</sup>. De un lado, en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, que incorporarán las características medioambientales, siempre que los parámetros sean suficientemente precisos para que no haya

<sup>449</sup> Véase el considerando núm. 29 de la Directiva 2014/24/UE, que dice: *“las especificaciones técnicas establecidas por los compradores públicos deben permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia”*, así como el ACP de la OMC: *“las especificaciones técnicas [...] no se elaborarán, adoptarán ni aplicarán con miras a crear obstáculos innecesarios al comercio internacional, ni podrán tener ese efecto”* (art. VI.1 ACP). Véase igualmente la Resolución núm. 244/2016, de 16 de noviembre, del TACP de Madrid: *“Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios y obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisito de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo.”* En el mismo sentido, el TACRC, en su Resolución 296/2017, de 24 de marzo.

<sup>450</sup> Resoluciones 815/2014 y 988/2017, de 31 y 27 de octubre, respectivamente.

<sup>451</sup> De *lege ferenda*, el Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética, prevé criterios de reducción de emisiones y de huella de carbono dirigidos específicamente a la lucha contra el cambio climático.

<sup>452</sup> Así lo admite FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, Cap. I “Incorporación cláusulas ambientales en la contratación pública”, del libro *Compra Pública Verde*, Directora, LAZO VITORIA, Ximena, Ed. Atelier 2018. Págs. 29 y ss.

dudas en los licitadores a la hora de preparar su oferta y exista seguridad para el órgano de contratación en el proceso de adjudicación del contrato. Una especificación basada en el rendimiento, o en determinadas exigencias funcionales, describirá el objetivo deseado y los resultados previstos (por ejemplo en cuanto a calidad, cantidad y fiabilidad), incluido el modo en el que se medirán, siendo el licitador libre de proponer la solución más apropiada, aunque el órgano de contratación deberá pensar cuidadosamente en cómo evaluará y comparará el rendimiento de las ofertas, de un modo transparente<sup>453</sup>.

Pero estas exigencias funcionales también podrán referirse a las especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales o a otros sistemas de referencias técnicas elaboradas por los organismos europeos de normalización o, con carácter subsidiario<sup>454</sup>, a normas o documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y uso de suministro; acompañado de la mención «o equivalente». De otro, basándose en las normas citadas únicamente, para unas características determinadas o, en su caso, en una combinación de las mismas con referencias al rendimiento o exigencias funcionales para otras características (Art. 126.5 LCSP 2017). Y podrán referirse igualmente a criterios adecuados que se definen en las etiquetas<sup>455</sup>, como veremos en el apartado siguiente. Sin embargo, nuestro derecho interno no especifica qué debemos entender por estos conceptos de contraste o referencia, siendo necesario acudir al Anexo VII de la Directiva 2014/24/UE<sup>456</sup>.

<sup>453</sup> Véase *Manual sobre la contratación pública ecológica*, pág. 30 del texto.

<sup>454</sup> Carácter que deviene de la necesidad de mitigar riesgos de discriminación producidos por normas proteccionistas de los Estados. De “*marco seguro de referencia para la determinación del objeto del contrato y de las especificaciones técnicas*” para evitar que “*un operador nacional se pueda ver favorecido*”, lo califica PERNAS GARCÍA, J.José, *Contratación Pública Verde*, pág. 82.

<sup>455</sup> Artículo 43, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE; artículo 61, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE. Véase en este sentido, *Cláusulas Sociales, dossier para contratación pública sostenible*, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar social de la Junta de Andalucía, 2011, pág. 42, “*Se valorará la utilización en más de un 10% de madera procedente de explotaciones sostenibles, certificadas por PEFC, FSC o similares.*”.

<sup>456</sup> La Directiva 24/2014/UE, define y distingue entre los siguientes conceptos: «Norma»: una especificación técnica aprobada por un organismo de normalización reconocido para una

*La Comunicación medioambiental*<sup>457</sup> contempla la posibilidad de requerir un tipo de materiales básicos o de materias primas, como por ejemplo, marcos de madera para las ventanas de un edificio administrativo, o cristal u otros materiales reciclados; o la utilización de un procedimiento concreto de producción, si contribuye a determinar las características de rendimiento de un producto, sin que naturalmente forme parte de su sustancia material, como por ejemplo el cultivo de alimentos ecológicos o la producción de energías renovables.

Finalmente, esta conversión de la idea en lo concreto, o *el boceto en el cuadro*, constituye la causa de las especificaciones técnicas, a través de las cuales se lleva a cabo la concreción del objeto del contrato. De ahí su vinculación, de ahí, también, la necesidad de que no sean discriminatorias y, al mismo tiempo, claras y transparentes, para fomentar la máxima concurrencia en igualdad de condiciones. Tanto si se expresan en términos de rendimiento funcional, permitiendo una mayor innovación por parte de los licitadores, como si se hace invocando normas europeas y nacionales, permiten la posibilidad de integrar criterios sociales y medioambientales, constituyendo un importante recurso estratégico directo, claro y proporcional, ya que necesariamente se han de referir al objeto del contrato, por su propia naturaleza, tal y como hemos mantenido. Pues incluso, cuando como requisito, se refieran a la participación en la

*aplicación repetida o continuada cuyo cumplimiento no sea obligatorio y que esté incluida en una de las categorías siguientes:*

- a) *«norma internacional»:* norma adoptada por un organismo internacional de normalización y puesta a disposición del público;
- b) *«norma europea»:* norma adoptada por un organismo europeo de normalización y puesta a disposición del público;
- c) *«norma nacional»:* norma adoptada por un organismo nacional de normalización y puesta a disposición del público.

*«Evaluación técnica europea»:* la evaluación documentada de las prestaciones de un producto de construcción en cuanto a sus características esenciales, con arreglo al correspondiente documento de evaluación europeo, tal como se define en el artículo 2, punto 12, del Reglamento (UE) nº 305/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo.

*«Especificación técnica común»:* la especificación técnica en el ámbito de las TIC elaborada de conformidad con los artículos 13 y 14 del Reglamento (UE) nº 1025/2012.

*«Referencia técnica»:* cualquier documento elaborado por los organismos europeos de normalización, distinto de las normas europeas, con arreglo a procedimientos adaptados a la evolución de las necesidades del mercado.

<sup>457</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Bruselas, de 4 de julio de 2001 COM (2001) 274 final, pág. 10 del texto.

ejecución del contrato de las personas vulnerables, lo será por razón de su consideración como factores de la producción, prestación o comercialización de las obras, los suministros y los servicios en los que intervengan o, en su caso, como criterios ambientales no solo referidos a las características sustantivas de los productos, sino a los procesos y métodos productivos, como tiene declarado el TJUE en la sentencia *Wienstrom*<sup>458</sup>.

## 5. Etiquetas

Seguimos en esta fase del procedimiento que hace un recorrido por la preparación del contrato, estudiando su causa pública, diseño, objeto y definición de contenidos. Pues bien, el concepto que ahora desarrollamos no tiene entidad por sí mismo, sino que acredita, como medio de prueba<sup>459</sup> que es, que una obra, un servicio o un suministro se corresponde con unas características predeterminadas. Así lo refiere el artículo 43 “Etiquetas”, de la Directiva 2014/24/UE, otorgando validez a este medio de prueba, siempre que se cumplan las condiciones de vinculación al objeto del contrato<sup>460</sup>, que los requisitos

<sup>458</sup> COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, COM (2017) 572 final...

<sup>459</sup> El artículo 127 de la LCSP 2017, prevé la aceptación de todas etiquetas equivalentes, e incluso la de otros medios de prueba que demuestren que las obras, suministros o servicios que ha de prestar el futuro contratista cumplen los requisitos de la etiqueta específica exigida, aunque la demostración de su equivalencia compete al operador económico que la aporta. El TJUE, en su sentencia de 10 de mayo de 2012, dice que *“los licitadores deben poder demostrar que sus productos son conformes con los criterios de dichas etiquetas, aunque dispongan de sellos distintos o incluso aunque carezcan de ellos.”* Y el Manual de Adquisiciones Ecológicas, establece que, *“cuando se haga uso de los criterios en los que se fundamenta una etiqueta ecológica, se podrá considerar que los productos o servicios que lleven esa etiqueta ecológica son conformes. Los resultados de ensayos, un expediente técnico o una declaración del fabricante, el proveedor o el prestador del servicio también podrán demostrar el cumplimiento.”*. Los poderes adjudicadores, dice la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea, COM (2001) 274, en su apartado 1.3.: *“pondrán el máximo cuidado en no limitar los medios de acreditación exclusivamente a los certificados de etiqueta ecológica, debiendo aceptar otros como, por ejemplo, los informes de ensayos. Esta circunstancia tiene particular importancia en el caso de las etiquetas ecológicas de ámbito nacional o de carácter privado, para garantizar que la especificación no resulta en la reserva del contrato a las empresas nacionales o locales. [Véase asimismo el artículo 8 de la Directiva 93/36/CEE.]”*

FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, “Incorporación cláusulas ambientales en la contratación pública”, pág. 44, mantiene que las etiquetas son *“medios cualificados de prueba para demostrar que las prestaciones objeto del contrato cumplen las características recogidas en los pliegos de condiciones”*.

<sup>460</sup> SERNA BARDAVÍO, Daniel, “Mecanismos para la protección del Medio Ambiente en la Nueva Ley de contratos del sector público”, pág. 96 del texto: *“No se podrán usar aquellas ligadas al comportamiento o compromiso ambiental del productor, que forman parte de algunas ecoetiquetas”*. Si la etiqueta contiene requisitos que no están vinculados al objeto del contrato, no podrá exigirse como tal, si bien, los órganos de contratación podrán definir sus prescripciones

aplicables a efectos de la etiqueta se basen en criterios verificables objetivamente, sean no discriminatorios<sup>461</sup>, estén fijados por un tercero<sup>462</sup> sobre quien el operador económico no pueda ejercer una influencia decisiva<sup>463</sup>, que las etiquetas sean fruto de un procedimiento abierto y transparente en el que puedan participar todas las partes implicadas<sup>464</sup> y, por último, que sean accesibles a todas las partes interesadas<sup>465</sup>.

La LCSP 2017, en su artículo 127 “Etiquetas”, las define como cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos. Contempla una diversidad de tipos, tales como sociales, medioambientales, relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, el comercio justo, la igualdad de género o las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la OIT. Al igual que la Directiva, condiciona su validez al cumplimiento de determinadas condiciones recogidas en el apartado 2 que, sensiblemente, se dan por reproducidas, añadiendo otra más,

por referencia a aquellas partes de la misma que si lo estén, en concordancia con lo dispuesto en el Considerando núm. 97 de la Directiva. Recordemos que: *“la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos.”*

<sup>461</sup> En la Resolución del TACRC, núm. 252/2018 de 16 de marzo, se aprecia un supuesto de discriminación positiva al analizar la acreditación del porcentaje de blancura del papel para fotocopiadoras por un método determinado, el correspondiente a la norma UNE-ISO 2470-1, aplicable para los licitadores que ofrecen un porcentaje de blancura superior del 80% o más, concluyendo que no caben métodos equivalentes, como el UNE-ISO 2470-1, sino que debe ser acreditado exclusivamente con el primero. Lo que el PPT permite, dice la Resolución del TACRC núm. 1006/2015, de 23 de octubre, *“debido a la diversidad de productos en el mercado, es que puedan admitirse artículos que, con ciertas variaciones respecto de la estricta descripción del PPT, mantengan no obstante su “equivalencia” (igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas, en la 1ª acepción del Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española) con el definido en el PPT.”*

<sup>462</sup> PERNAS GARCÍA, J.José, “El uso de las etiquetas ambientales en la contratación pública”, Cap. IV del libro *Compra Pública Verde*, Directora LAZO VITORIA, Ximena, Ed. Atelier 2018, págs. 109 y ss. Según dice el autor, *“esta previsión se introduce para evitar así que se permita la utilización de autodeclaraciones de empresas como etiquetas de referencia en la determinación de criterios o cláusulas ambientales.”*

<sup>463</sup> PERNAS, en la cita anterior, asegura que *“esta condición refleja el recelo comunitario a que los Estados configuren sistemas de etiquetado con la única finalidad de proteger o beneficiar a sus sectores productivos.”*

<sup>464</sup> Una cautela más, para evitar normas proteccionistas de sectores productivos locales, de modo que se eviten regulaciones parciales que benefician a una sola de las partes.

<sup>465</sup> Esto es, publicadas en medios de fácil acceso para los operadores económicos, y asequibles en su interpretación, para lo que habrán de emplearse términos científicos y técnicos fácilmente comprensibles.

la correspondiente a que las referencias a las etiquetas no restrinjan la innovación.

El valor probatorio de la etiqueta puede tenerse en cuenta no solo en el contraste de las especificaciones técnicas, sino también en fase de adjudicación para la verificación del cumplimiento de las ofertas según criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución. Como bien dice PERNAS<sup>466</sup>, pueden establecerse criterios de adjudicación que valoren ofertas con rendimientos ambientales adicionales a los exigidos por la etiqueta de referencia en la fijación de prescripciones técnicas de base. Lo mismo que pueden servir, aunque de modo no exclusivo, para la comprobación de condiciones de ejecución del contrato.

Puede decirse que la LCSP 2017 contiene un importante avance en la materia, puesto que no solo mantiene las etiquetas ecológicas, ya referidas en el TRLCSP, sino que introduce otras de carácter social, definidas por la Comisión Europea<sup>467</sup> como *«palabras y símbolos sobre un producto con las que se intenta influir en las decisiones de compra de los consumidores garantizando el impacto social y ético de una operación empresarial en otras partes interesadas»*

La Comisión Europea recoge el parecer de los consumidores, entendiendo que no solo quieren productos buenos y seguros, sino también que se produzcan de manera responsable desde una perspectiva social, preocupados, como están, por la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, el respeto de los derechos humanos en el funcionamiento de la empresa y en toda la cadena de suministros, y la protección general del medio ambiente. Claro que, la propia Comisión reconoce el alcance limitado de estas iniciativas, referidas a la venta al por menor y, en el supuesto de las sociales, restringidas a productos importados, solo al alcance de consumidores de alto poder adquisitivo.

<sup>466</sup> PERNAS GARCÍA, J. José, "El uso de las etiquetas ambientales en la contratación pública",  
<sup>467</sup> Libro Verde. "Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas"



La propia Comisión Europea, en la *Comunicación Social*<sup>468</sup>, prevé que los poderes adjudicadores puedan exigir que los productos solicitados se fabriquen mediante un método determinado, que lo caracterice respecto a otros competidores, siempre que respondan a las necesidades de aquéllos, guardando la debida relación con el producto o la prestación en sí.

Un aspecto relevante para la práctica es que la definición de las especificaciones técnicas no podrá realizarse por la exclusiva referencia a una etiqueta determinada, sino que, por el contrario, el órgano de contratación deberá detallar en los pliegos las características y requisitos que desea imponer, para cuya acreditación es válida la etiqueta<sup>469</sup>. En este sentido, el TACRC<sup>470</sup>, analiza un motivo de impugnación consistente en que, dentro de los criterios cuantificables de forma automática, se ofrecen hasta 10 puntos a las empresas que oferten la utilización de productos con etiqueta ecológica, llegando a la conclusión de que ha de rechazarse el criterio, toda vez que no parece que se vayan a tener en cuenta las características de los productos ofertados por cada licitador, *“y no solamente si estos cuentan o no con la etiqueta requerida.”*

<sup>468</sup> *Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos ...*

<sup>469</sup> El TJUE, en su sentencia de 10 de mayo de 2012, considera que *“que los poderes adjudicadores están obligados a indicar expresamente las características medioambientales detalladas que desea imponer, incluso cuando recurra a las características definidas en una etiqueta ecológica”*. En este sentido la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, establece: *“A falta de referencia obligatoria, o cuando exijan un grado de protección del medio ambiente mayor que el establecido en las normas o en la legislación, los poderes adjudicadores podrían inspirarse en las etiquetas ecológicas existentes y determinar con arreglo a con ellas las especificaciones técnicas en la documentación del contrato. Además podrían señalar que los productos que ostenten el certificado de etiqueta ecológica cumplen las condiciones técnicas exigidas en la documentación del contrato.”* Si bien, como dice PERNAS, la Directiva 2014/24/UE, ha modulado este último criterio, pues en su artículo 43, concede a los poderes adjudicadores la facultad de poder exigir una etiqueta específica, como medio de prueba (objetiva), de que las obras, servicios o suministros corresponden a las características exigidas, y se cumplan las condiciones vistas más arriba. De este modo, colige PERNAS, se simplifica la labor de definición de las cláusulas técnicas ambientales por parte del poder adjudicador, permitiendo que éste se remita directamente a una concreta etiqueta, aunque sin exigirla.

<sup>470</sup> Resolución del TACRC, núm. 998/2019, de 6 de septiembre.

En otro supuesto, el mismo Tribunal<sup>471</sup>, ante la alegación de la recurrente de considerarse incumplidos por la oferta de la adjudicataria los requisitos mínimos de los productos de limpieza, por no incluir el certificado de etiqueta ecológica, su vigencia y organismo que lo acredita, para toallas de papel, papel industrial y bolsas de basura, concluye que se ha comprobado por el órgano de contratación que en el catálogo de productos con etiqueta ecológica están incluidos los productos de las gamas que se incluyen en la oferta. Parece claro, que lo relevante en este último supuesto no son las características de los productos y su orientación ecológica, sino que es la acreditación la que lo define como tal, avalando la conclusión de PERNAS, de simplificación de la labor de definición de las cláusulas técnicas ambientales.

Por su parte, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi<sup>472</sup>, en su Resolución núm. 97/2013, mantiene, en clara referencia al art. 117.3 del TRLCSP, en concordancia con el art. 23 de la Directiva 2004/18/CE que transpone, que los poderes adjudicadores están facultados para definir las especificaciones técnicas conforme a las prescripciones detalladas de una etiqueta ecológica, aunque no pueden exigir una etiqueta ecológica concreta.

En síntesis, la etiqueta, ya sea social, medioambiental, del comercio justo, o relacionada con la agricultura y la ganadería ecológicas, es un medio de acreditación de las características concretas que definen la prestación - prescripciones técnicas-, de los criterios de valoración o de adjudicación y de las condiciones especiales de ejecución del contrato. Pero, la etiqueta en sí misma considerada, sin la previa concreción de las características y peculiaridades que presenta la prestación, vinculada al objeto del contrato, no es nada; sin perjuicio de constatar la creciente adopción por los órganos de contratación de cláusulas cuyo contenido pretende llenarse con la mera remisión a la incorporación de una

<sup>471</sup> Resolución núm. 76/2017 de 20 de enero. En cuanto a los productos de limpieza se dice: *“los productos de limpieza desinfectante poseerán la correspondiente etiqueta ecológica. Los productos de limpieza no desinfectante llevarán la correspondiente etiqueta europea.”*

<sup>472</sup> *Doctrina del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales, 2011-2014, de la Comunidad Autónoma de Euskadi*, Vitoria-Gasteiz, 1ª edic. 2015.

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

etiqueta. Práctica que, como hemos visto, resulta anómala y arriesgada, toda vez que la etiqueta puede contener características de los productos o servicios que han sido homologadas con carácter general, resultando a veces inadecuadas por la falta de vinculación al objeto del contrato correspondiente.

## **CAPÍTULO VII. Fase de adjudicación**

Tras analizar la fase de preparación del contrato, y las posibilidades de integración de características y beneficios de carácter social y medioambiental, nada desdeñables, dado su carácter selectivo (solvencia) o de conformación del objeto del contrato (especificaciones técnicas); nos adentramos en la fase de adjudicación, secuencia lógica de una cuidada preparación que autoriza la confección de criterios de adjudicación, capaces de analizar el rendimiento comparativo entre las distintas ofertas presentadas. Por esta razón, los criterios de adjudicación, que no de selección (solvencia), han de incorporar métricas capaces de evaluar, también objetivamente, cada una de las ofertas presentadas, atendiendo a la sempiterna vinculación al objeto del contrato.

En el desarrollo del apartado, estudiaremos las posibilidades de integración de estos beneficios sociales en una fase del procedimiento sometida a discrepantes visiones doctrinales, derivadas de la distinta consideración de lo que debe entenderse por vinculación al objeto del contrato, y aprovecharemos para tratar de establecer algunos criterios de interpretación que doten de cierta seguridad al gestor de las compras públicas, en el momento de su establecimiento.

Finalmente, nos referiremos a la oportunidad de combinar la fijación en los pliegos de criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución, o bien, cuando es recomendable, la sustitución o preponderancia de unos frente a los otros y viceversa.

### **1. Criterios de adjudicación. Requisitos de validez.**

Ya hemos hecho con anterioridad un recorrido por Guías e instrumentos interpretativos de la Comisión Europea acerca del tratamiento del establecimiento de criterios sociales y medioambientales en la contratación pública, y visto cómo el *Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión*

*Europea. Reflexiones para el futuro*, de 27 de nov. de 1996, omite la posibilidad de incluir, como criterios de adjudicación, *preocupaciones de orden social*, porque según dice, refiriéndose a las directivas vigentes, “*deben corresponder a las cualidades económicas inherentes a la prestación objeto del contrato.*”. Idea que entronca con el carácter intrínseco de la prestación y el principio rector de la consecución de una ventaja económica para el órgano de contratación. Sucede, no obstante, que si el contrato no tiene la consideración de armonizado, podrán incluirse como criterios de adjudicación preferencias de carácter social, siempre que “*se extiendan, sin discriminación alguna, a todas las entidades comunitarias que presenten las mismas características.*”.

Es preciso avanzar cronológicamente un poco más para encontrar las Comunicaciones Interpretativas, *social y medioambiental*<sup>473</sup>, a las que nos venimos refiriendo, para disponer de referencias claras, aún cuando su perspectiva sea un tanto escorada hacia lo económico, sobre las posibilidades de integrar cláusulas sociales y medioambientales en esta fase del procedimiento.

Ambas comunicaciones hacen hincapié en que los criterios deben estar vinculados al objeto el contrato, y referirse a la naturaleza de la prestación objeto del mismo o a sus condiciones de ejecución, con la finalidad expresada de comparar las ofertas de un modo objetivo. En este sentido, todo criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio. Requisito que representa una constante en las directivas europeas, llegando hasta nuestros días, hasta las llamadas directivas de cuarta generación, con el que coincidimos en términos generales, según hemos visto al analizar la vinculación de los distintos aspectos sociales al objeto del contrato, desde una perspectiva estricta, como corresponde a la época, no relacionada con la visión estratégica de la contratación pública moderna.

<sup>473</sup> Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública.

La *Comunicación social* insiste en ello y distingue perfectamente entre criterios sociales amparados por las directivas, “*como aquéllos que permiten evaluar, por ejemplo, la calidad de un servicio<sup>474</sup> destinado a personas desfavorecidas*”, y aquellos otros que se refieran “*al grado en que los licitadores empleen a una determinada categoría de personas o apliquen un programa de promoción de la igualdad de oportunidades*”, que considera ajenos al objeto del contrato. Y dice más, estos criterios se consideran incompatibles con los compromisos adquiridos por los Estados miembros en el Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio.

En términos similares, esto es, bajo la perspectiva de vinculación estricta al objeto del contrato, la *Comunicación medioambiental*, se refiere a los productos beneficiosos o respetuosos con la naturaleza, cuando se fijan en los pliegos sin más precisiones, entendiéndose que no es cuantificable y no aporta una ventaja económica para los poderes adjudicadores, salvo que se traduzcan en criterios concretos relacionados con el producto, y cuantificables desde el punto de vista económico, como por ejemplo, una tasa de consumo de electricidad, rendimiento energético que se refiere a la eficacia del propio producto.

No hace falta insistir más en esta visión economicista, contrapuesta a otra estratégica<sup>475</sup> que tiene en cuenta las políticas sociales, medioambientales y de innovación sin eludir la vinculación al objeto del contrato, aunque eso sí, definiéndolo de un modo más amplio, acorde y respetuoso con el derecho de la Unión Europea, sin producción de discriminaciones entre licitadores, y sin una utilización desproporcionada de aquéllas políticas estratégicas por los poderes adjudicadores.

Por tanto, aun cuando esta tensión llega hasta nuestros días, nos centraremos estrictamente en las posibilidades de inclusión, como finalidades, características

<sup>474</sup> Nótese que se está refiriendo a la proyección del servicio sobre sus usuarios y no a las personas que, por cuenta del contratista, prestan el servicio contratado, visión ésta más amplia de las posibilidades de integración de características sociales como criterio de adjudicación.

<sup>475</sup> ROMEO RUIZ, Aritz, “Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017, ...”, pág. 8. Dice el autor que “*supone el abandono de una visión casi en exclusiva economicista y excesivamente burocrática de la contratación pública, para avanzar hacia una contratación pública estratégica.*”.

o aspectos sociales y medioambientales de las listas no cerradas, no exhaustivas, que contienen los nuevos preceptos de la LCSP 2017, al considerar que son suficientemente ilustrativas de la casuística más común de nuestros órganos de contratación y, sin duda, más rica que la planteada por el legislador europeo en el considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE, prácticamente relegada a la salud del personal que participa en la ejecución del contrato, la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros vulnerables, o a la adquisición de competencias necesarias para la ejecución del contrato<sup>476</sup>. Lo que no es impedimento para incluir como criterio de adjudicación, por ejemplo, las condiciones laborales de los trabajadores que participan en el proceso de producción<sup>477</sup>. Si bien, siempre que se aplique de conformidad con el Derecho social comunitario, esto es, la Directiva 96/71/CE, tal y como viene exigiendo la jurisprudencia europea<sup>478</sup>.

Según el Considerando núm. 92 de la Directiva 2014/24/UE, en aras de la obtención de la mejor relación calidad-precio, incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación de carácter social y medioambiental. Recordándonos que debe alentarse a los poderes adjudicadores a elegir aquéllos criterios que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, aspecto este último indicativo de su vinculación al objeto del contrato, y decimos nosotros, tanto en su apreciación estricta o intrínseca, como en su interpretación extensa, asociada a la consecución de otras políticas, de beneficio indirecto para el órgano de contratación.

Como hemos dicho al analizar la resolución 235/2019 del TACRC, aun partiendo de que este tipo de cláusulas, podrían considerarse una mejora introducida por el legislador interno en el proceso de transposición de la Directiva 2014/24/UE, no representa obstáculo alguno para su toma de consideración, si tenemos en

<sup>476</sup> GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, “La introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación”, considera la autora que las dudas aplicativas existentes sobre la integración de características sociales en la contratación pública, motiva este elenco, no exhaustivo de la LCSP 2017, de criterios de adjudicación, para garantizar la seguridad jurídica y, *“de forma consecuyente, la efectividad de la introducción de objetivos secundarios a través de criterios de adjudicación.”*

<sup>477</sup> Véase GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, en la cita anterior. Págs. 81 y ss.

<sup>478</sup> STJUE de 17 de noviembre de 2015, Regio Post GmbH, asunto C-115/2014.

cuenta, como lo hace el TJUE, en su sentencia de 26 de marzo de 2015, al admitir el carácter no exhaustivo de los criterios de adjudicación en la Directiva<sup>479</sup>. Eso sí, sin perjuicio de la consabida vinculación al objeto del contrato, y su efectiva orientación al análisis del rendimiento comparativo de las ofertas, para identificar la más ventajosa<sup>480</sup>.

El TJUE, en la tantas veces citada Sentencia “Concordia Bus Finland”, fija la doctrina<sup>481</sup> que finalmente accede al contenido regulador de las Directivas de 2004<sup>482</sup> y 2014<sup>483</sup>, esto es, que los criterios de adjudicación *“no deben conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada y deben asegurar la posibilidad de una competencia real y equitativa e ir acompañados de modalidades que permitan verificar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores. [...] tales criterios deben respetar todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no*

<sup>479</sup> Ya con anterioridad, el TJUE, en su sentencia de 17 de septiembre de 2002, “Concordia Bus Finland”, deja claro, en su considerando núm. 54, que se puede recurrir a la fijación de criterios medioambientales, diciendo que *“los criterios que pueden adoptarse como criterios de adjudicación de un contrato público a la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo.”*, (véase también, en este sentido, la sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 35). Según el Tribunal, tampoco cabe excluir un criterio relativo a las características estéticas de una oferta, aunque esto no signifique que puedan tenerse en cuenta cualquier criterio medioambiental. En este sentido, se ha pronunciado el TACGal (Resolución 78/2019, de 8 de abril), diciendo: *“no por conocido debemos dejar de mencionar que las Directivas, como tales, no agotan las posibilidades de regulación nacional, con el límite de no vulnerarlas ni violentarlas, dicho de una forma extremadamente simple. Baste mencionar que el propio considerando 7 de la Directiva 2014/24 apunta: “Por último, cabe recordar que la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la libertad de las autoridades nacionales, regionales y locales de definir, con arreglo al Derecho de la Unión, servicios de interés económico general, su ámbito de aplicación y las características del servicio que ha de prestarse, incluida cualquier condición relativa a la calidad del servicio, con objeto de perseguir sus objetivos de política general.”*

<sup>480</sup> El artículo 145.5 de la LCSP 2017, dice que los criterios de adjudicación deberán cumplir los siguientes requisitos: *“a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo. b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.”*

<sup>481</sup> Concordia Bus Finland (As. C-513/99), Wienstrom GMBH (As. C-448/2001).

<sup>482</sup> Especialmente la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Véase Considerando núm. 1.

<sup>483</sup> Especialmente la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la directiva 2004/18/CE.



*discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios”*

En la misma línea el TSJ de Madrid, en su sentencia 136/2018, de 23 de febrero, dice que:

*“La inclusión de exigencias de orden social entre los criterios de adjudicación solo procede en aquellos supuestos en los que exista una relación directa entre las especificaciones técnicas del contrato a ejecutar y la cláusula social” y para que pueda establecerse una cláusula de esta naturaleza será necesario por tanto:*

- *Que no se lesione el principio de no discriminación.*
- *Que respeten los principios que inspiran la regulación en la contratación administrativa.*
- *Que, conforme al juego de los principios de publicidad y transparencia, las cláusulas sean publicadas, obedezcan a criterios susceptibles de cuantificación, pues, en otro caso, concederían al poder adjudicador un margen de apreciación demasiado amplio, cercano a la libertad de adjudicación, lo que no sería viable.*
- *Que exista vinculación entre la cláusula social y el contrato y proporcionalidad de dicha cláusula.”*

Analicemos brevemente estos requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE, ya que nos servirán para la válida interpretación del clausulado social y medioambiental a introducir en esta fase del procedimiento:

### **1.1. Prohibición al poder adjudicador de una libertad de decisión ilimitada.**

En la Sentencia Concordia Bus Finland, el Abogado General, al analizar la legalidad de un criterio ecológico, consideró que era posible cuantificar y medir, sin dejar margen alguno a apreciaciones subjetivas de la entidad adjudicadora, resolviendo el Tribunal, en su considerando núm. 66, *“que los criterios que consisten en la asignación de puntos adicionales a las ofertas que cumplan determinadas exigencias medioambientales específicas y objetivamente cuantificables no confieran a la entidad adjudicadora una*

*libertad incondicional de elección.*”<sup>484</sup>. Una facultad discrecional absoluta sería contraria al principio de igualdad de trato.<sup>485</sup>

Al respecto, PERNAS, refiriéndose, como lo hace la Sentencia anterior, a los criterios ecológicos, afirma que para cumplir esta condición “*los criterios ecológicos deben ser «suficientemente específicos y cuantificables objetivamente», de modo que se restrinjan el margen de actuación de los poderes adjudicadores.*”

El requisito debe asociarse a la proscripción de elementos subjetivos o arbitrarios, no vinculados al objeto del contrato, en sentido estricto o intrínseco, pero también en sentido amplio, derivado de la ausencia de contribución a políticas sociales y medioambientales relacionadas con el mismo, faltos de la debida proporcionalidad de su valoración en comparación con otros criterios económicos, procedimientos de valoración opacos y sin precisión<sup>486</sup>, no dirigidos a identificar la oferta más ventajosa en calidad precio. En definitiva, esta proscripción se predica de un ejercicio arbitrario, no proporcional, despegado del vínculo con el objeto del contrato o apegados a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato y, por tanto, inservibles para valorar el rendimiento comparativo de las ofertas, que también han de estar anudadas al mismo objeto.

## 1.2. Competencia real y equitativa

Como se deduce del considerando núm. 90 de la Directiva 2014/24/UE y de su artículo 67, apartado 4, los criterios de adjudicación deben respetar los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, a fin de

<sup>484</sup> En los mismos términos la Sentencia del TJUE, de 24 de noviembre de 2005, asunto C-331/04.

<sup>485</sup> Véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2002, Tideland Signal/Comisión, T 211/02, Rec. p. II 3781, apartados 37 y 38.

<sup>486</sup> Véase la Sentencia del TJUE, de 16 de septiembre de 2013, Asunto T-402/06, que dice: “*al no existir ninguna precisión acerca de los criterios de apreciación que permitían llevar a cabo tal corrección, lo cual es en sí mismo contrario al principio de transparencia y a la prohibición de conferir a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección para la adjudicación del contrato a un licitador (véase la sentencia Concordia Bus Finland, citada en el apartado 76 supra, apartado 61, y la jurisprudencia allí citada), tal justificación no puede acogerse.*”

garantizar el rendimiento comparativo de las ofertas, y por ello una competencia efectiva, negada en el supuesto de unos criterios que confirieran al poder adjudicador una libertad incondicional de elección<sup>487</sup>.

En este sentido, el profesor MORENO MOLINA, se refiere a las normas de contratación señalando que su principal objetivo es el de garantizar el respeto de los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, para garantizar que la competencia no sea falseada.

El carácter no discriminatorio de las condiciones del contrato se establece en los Considerandos núms.: 1, 37, 53, 68, 90, 96, 104, 114, y en los artículos 22, 40, 43, 46, 56, 58, 65, 68, 80, de la citada Directiva, revelando la trascendencia de su observancia en todas las fases del procedimiento, como requisito imprescindible para garantizar las condiciones de igualdad y la libre competencia<sup>488</sup>.

Lo que en realidad se busca en las licitaciones públicas es que la competencia sea real, sin enmascaramientos, para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de libre establecimiento, originarios del derecho de la Unión Europea. De ahí, que se promueva la concurrencia mínima en procedimientos, tales como el restringido -5 candidatos-, el de licitación con negociación, el diálogo competitivo o la asociación para la innovación -3 candidatos-<sup>489</sup>.

<sup>487</sup> Véase la Sentencia del TJUE, de 20 de septiembre de 2018, asunto C-546/16, considerando núm. 31. El documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”, establece como objetivo general permitir a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores aprovechar plenamente el potencial de las Directivas sobre contratación pública, a fin de garantizar condiciones equitativas para todos los operadores económicos que deseen participar en licitaciones públicas (Vid. Resolución 62/2015 del TARC de la Junta de Andalucía, de 24 de febrero de 2015).

<sup>488</sup> Véase Resolución del TACP de la Comunidad de Madrid, núm. 40/2018, de 31 de enero.

<sup>489</sup> Véase el Informe de la JCCA, núm. 6/14, de 1 de diciembre de 2016. En su Consideración jurídica núm. 2, se dice: “En el procedimiento restringido, el número mínimo de candidatos será de cinco. En el procedimiento de licitación con negociación, en el diálogo competitivo y en la asociación para la innovación, el número mínimo de candidatos será de tres. En cualquier caso, el número de candidatos invitados deberá ser suficiente para garantizar una competencia real.”

A ello se anuda igualmente el principio de transparencia para garantizar una publicidad adecuada que permita a los licitadores conocer las pretensiones de compra de la Administración y generar una competencia real, controlando la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación<sup>490</sup>.

### **1.3. Respeto de todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación.**

Calificados por el profesor MORENO MOLINA, *“de necesario elemento unificador que puede poner orden y aportar claridad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos”*, los principios de libre establecimiento, libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, igualdad de trato, libre concurrencia, publicidad, transparencia, libre competencia y, especialmente, el principio de no discriminación, son una constante en la jurisprudencia europea.

Así, el TJUE, considera, entre otras muchas de sus Sentencias o, en su caso el/la Abogado General, que los poderes adjudicadores deben respetar durante todo el procedimiento los principios de la contratación formulados en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, entre ellos los de igualdad de trato, transparencia y de proporcionalidad<sup>491</sup>, que el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores exige que todas las ofertas sean conformes con las prescripciones establecidas en el pliego de condiciones, a fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores, que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la económicamente más ventajosa<sup>492</sup>; que la entidad adjudicadora no puede, tras la publicación de una licitación, modificar las especificaciones técnicas,

<sup>490</sup> En este sentido, el Informe núm. 20/2016, de 20 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Así lo ha establecido también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias de 7 de diciembre de 2000 – ARGE-, de 15 de octubre de 2009, - Acoset- y de 6 de abril de 2006 –ANAV- o en la STJUE de 16 de septiembre de 2013 –Comisión/Reino de España-

<sup>491</sup> Sentencia del TJUE, de 20 de sep. de 2018, asunto C-546/16.

<sup>492</sup> Sentencia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca (C 243/89, Rec. p. I 3353, apartado 37)

vulnerando los principios de igualdad de trato y no discriminación<sup>493</sup>; que el método de valoración para la evaluación de las ofertas no podrá tener como efecto alterar los criterios de adjudicación y su ponderación relativa<sup>494</sup>; que los principios de transparencia e igualdad de trato, aplicables a todos los procedimientos de licitación exigen que los requisitos de participación estén definidos previamente y hechos públicos, a fin de que los licitadores conozcan exactamente los requisitos del procedimiento, siendo los mismos para todos los participantes<sup>495</sup>; que conforme a lo establecido en los artículos 49 y 56 del TFUE, el órgano de contratación debe respetar la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y la obligación de transparencia consagrada en esos artículos; que el principio de igualdad de trato obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de sus ofertas, estando sujetas a los mismos requisitos; que el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad, tanto en el momento de presentar sus ofertas como en el momento de su valoración por el órgano de contratación<sup>496</sup>; o que los principios de no discriminación, de igualdad de trato y de transparencia, derivados del Derecho primario, comportan exigencias procedimentales y materiales, a fin de garantizar que no se producen ventajas competitivas a ningún operador<sup>497</sup>.

Sobre la base de esta jurisprudencia, las vigentes Directivas de cuarta generación, en especial citamos la 2014/24/UE, establece con el carácter programático que le imprime su considerando núm. 1, que la adjudicación de los contratos ha de respetar los principios del TFUE y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como sus principios derivados, entre los que se encuentran

<sup>493</sup> Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 1 de diciembre de 2016, asunto C 298/15.

<sup>494</sup> Sentencia del TJUE, de 14 de julio 2016, asunto C-6/15.

<sup>495</sup> Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 22 de noviembre de 2017, asunto C-531/16.

<sup>496</sup> Sentencia del TJUE, de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, asunto C-87/94. A esta exigencia obedece, según declara el TACRC, en su Resolución núm. 574/2019, de 23 de mayo, *“que los artículos 145 y 160.1 del TRLCSP establezcan que las proposiciones de los interesados conteniendo las características técnicas y económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas”*

<sup>497</sup> Véase la Sentencia del TJUE, de 2 de junio de 2016, asunto C-410/14.

los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia, sin límites ni umbrales, porque para los situados por encima de los mismos, deben elaborarse disposiciones de coordinación, a fin de asegurar que los principios tengan efecto práctico y que la contratación se abra a la libre competencia.

El Considerando 90 de esta Directiva y su artículo 67, apartado 4, al referirse a los criterios de adjudicación, reitera que deben respetar los principios de transparencia, de no discriminación y de igualdad de trato, a fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de las ofertas y, por tanto, una competencia efectiva. No sería éste el caso de unos criterios que confirieran al poder adjudicador una libertad de elección incondicional<sup>498</sup>.

Finalmente, la LCSP 2017, lleva a su exposición de motivos el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad, recogándose en el artículo primero, junto con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto y la eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios.

El respeto a los principios del derecho comunitario fija los límites infranqueables de la válida interpretación del clausulado social y medioambiental a introducir en la fase de adjudicación, y sirve de guía para la correcta validación del mismo, especialmente ante las dudas interpretativas que genera su establecimiento. Por tanto, vinculación al objeto del contrato, ausencia de discrecionalidad del órgano de contratación, promoción de una competencia real y efectiva, y respeto a los principios generales del derecho comunitario, son elementos de contraste que nos ayudarán en el análisis de las listas no exhaustivas que, sobre criterios medioambientales y, sobre todo, sociales, contiene el artículo 145.2 de la LCSP 2017.

<sup>498</sup> Véase la Sentencia de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos, asunto C-368/10.

#### **1.4. Transparencia de los criterios de adjudicación: expresamente mencionados en los Anuncios de licitación o en los Pliegos**

Íntimamente relacionado con los principios de publicidad y de transparencia, como un medio para conseguirlos, en aras de la libre concurrencia y de la obtención de la oferta más beneficiosa según su relación calidad-precio, está el requisito de su mención en los pliegos o en el anuncio de la licitación, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas.

Así lo establece la Sentencia Concordia Bus Finland, en su Considerando núm. 62, diciendo *“que todos los criterios de este tipo han de mencionarse expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, cuando resulte posible, en orden decreciente de la importancia que se les atribuye, para que los contratistas puedan conocer su existencia y alcance<sup>499</sup>”*

En parecidos términos la sentencia de 24 de noviembre de 2005, del mismo Tribunal<sup>500</sup>, *“para que los contratistas puedan conocer su existencia y alcance.”*. Nuestro TS, en su Sentencia 68/2016, de 20 de enero, critica la publicación de los criterios de valoración mucho después de haber finalizado el plazo de presentación de solicitudes y, especialmente, de haberse conocido las características técnicas de cada uno de los proyectos presentados, considerando que constituye una *“flagrante vulneración de los principios de publicidad, libre concurrencia e igualdad de oportunidades”*.

La LCSP 2017, se refiere a los criterios de adjudicación, requisitos y clases, en el artículo 145, y es su apartado 2, el que establece una regulación novedosa, la de la calidad y el precio, para cuya evaluación serán precisos mezclar razonablemente los criterios cualitativos y económicos. Sobre esta relación, sirva lo dicho en el Capítulo III, apartado 3.1.

<sup>499</sup> Véanse, en este sentido, en relación con los contratos públicos de obras, las sentencias Beentjes, apartados 31 y 36.

<sup>500</sup> Véase la sentencia del TJUE, de 24 de noviembre de 2005, asunto C-331/04.

Vistos los requisitos de validez de los criterios de adjudicación, a la vista de la jurisprudencia comunitaria, esenciales para la correcta apreciación de las posibilidades de integración de cláusulas medioambientales y sociales en esta fase de procedimiento, estamos en disposición de acometer la delimitación precisa de algunas de ellas, concretamente, las previstas en los listados no exhaustivos del artículo 145.2 de la LCSP 2017, a los que hemos hecho referencia.

## **2. Las características sociales y medioambientales**

En los Capítulos y apartados anteriores, hemos contextualizado la responsabilidad social de las Empresas y de la Administración, *transitado* desde una contratación pública, limitada al abastecimiento de bienes y servicios, bajo el paradigma de un procedimiento basado en la legalidad y oportunidad, a otra que fija objetivos estratégicos para la satisfacción de necesidades sociales. Nos hemos referido a los frenos e impedimentos que dibujan esta contribución extraordinaria, también a sus consecuencias, así como al difícil equilibrio entre la consecución de beneficios sociales y el uso eficiente de los fondos públicos. Igualmente se han tratado aspectos clave de las posibilidades de integración de estas características, tales como la vinculación al objeto del contrato, los requisitos de validez para su establecimiento, así como las posibilidades de integración en las fases de acreditación de la capacidad, solvencia y preparación del contrato. Finalmente, en este apartado se analizan algunos de los ejemplos contenidos, como decimos, en los listados no exhaustivos del artículo 145.2 de la LCSP 2017.

Entendemos por características o aspectos, sociales y medioambientales, aquellas cualidades o elementos de valoración cualitativa que definen la perspectiva estratégica o instrumental de la contratación pública, para conseguir el bien común, mediante la contribución al desarrollo de políticas sociales y medioambientales, sin perjuicio de la obtención de una ventaja económica en la licitación de los contratos.



La mecánica o metodología de análisis consiste en la definición de la característica, enfoque doctrinal y legal, validación jurisprudencial, con especial atención, dada su especialidad, a los Tribunales de Recursos Contractuales. De modo que, el gestor llamado a integrarlas en los pliegos, tenga la certeza de que no serán objeto de controversia y, si lo son, pueda razonablemente enfrentar una solución con garantías de acierto.

Ciertamente, la propuesta se refiere a una revisión o valoración jurídica de las características, para evitar el atrozamiento del gestor en su aplicación. Sin embargo, esta visión no perjudica al equilibrio que venimos manteniendo entre los beneficios sociales conseguidos mediante esta estrategia, la eficiencia en la utilización de los fondos públicos y la mejor calidad-precio en la prestación contractual. Ecuación que debería darse sobre la base de una extracción de datos apropiada que permita tomar decisiones informadas, basadas en el análisis de oportunidad al que tantas veces nos hemos referido al contraponer *euro presupuestario-estratégico* y *euro transferencial*. Pero, como decimos, esta fase requiere de mayor madurez del órgano de contratación, así como de la utilización de herramientas de contabilidad analítica, no siempre al alcance del gestor o de su Organización.

### **2.1. Características Sociales: La referencia a finalidades**

Lo primero que precisamos destacar es que entre los criterios cualitativos del artículo 145.2., se habla de características sociales para referirse a *finalidades* de este tipo, creando conceptualmente una ambigüedad que podría apartarnos del tenor literal de aspectos o criterios cualitativos enunciados en el apartado. Si nos atenemos a la expresión adjetiva, la característica es una cualidad que define el criterio de adjudicación diferenciándolo de otros. Si nos atenemos a la finalidad nos referimos al motivo por el que se hace algo. El primero es más concreto, ya que se trata de la cualidad que queremos valorar, y el segundo es más abstracto y podrían caber en él múltiples cualidades de orden o perspectiva social. Por este segundo concepto se inclina la Resolución núm. 235/2109 del TACRC, ya comentada, en la que se analiza la

conformidad a la Directiva 2014/24/UE de los salarios que la empresa adjudicataria satisfaga a sus trabajadores, por encima del convenio colectivo de aplicación, considerando que:

*“el artículo 145.2 de la LCSP permite que los criterios de adjudicación que se establezcan se refieran a las finalidades de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, y de mejora de las condiciones laborales y salariales. Pero no dice expresamente que un criterio de adjudicación pueda referirse directamente a estas cuestiones, sino a esas finalidades, y mucho menos que permita hacerlo por encima de los umbrales mínimos establecidos legalmente.”.*

Sin embargo, el legislador comunitario no contempla esta derivación de lo concreto a lo abstracto. Tanto el considerando núm. 75 de la Directiva 2014/24/UE, como el artículo 67 de la misma, citan las características medioambientales o sociales, en un caso para ser acreditadas mediante etiquetas y en otro como criterios de adjudicación, directos, sin hacer referencia a las finalidades de tipo social. Probablemente, porque no hacía falta, ya que en la cualidad social caben una serie de supuestos no cerrados, sin necesidad de referirse a su genérico fin.

Lo sorprendente es que el legislador interno, después de extender la cualidad a su finalidad social, recoge un listado, que hemos de entender, como se ha dicho, no exhaustivo, propio de cualidades y no de finalidades. Sea como fuere, consideramos que el paso de lo genérico -finalidad- a lo específico -cualidad- apoya el argumento de listado no cerrado, sino ejemplificativo, para establecer otras muchas características sociales no previstas, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de derecho comunitario, mencionados en el apartado anterior. Es más, aunque quisiéramos considerar la casuística social del artículo 145.2 como *finalidades*, expresiones tan concretas como la *mejora de las condiciones laborales y salariales* o la *contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato*, ya contemplada en contrataciones desarrolladas por las entidades locales en relación con las inversiones financiadas por el fondo estatal de inversión local (*FEIL*), son de difícil

consideración como fin, pues no tienen la abstracción necesaria, debiéndose aplicar como características sociales directas.

Con esta advertencia previa, desarrollamos los siguientes supuestos que consideramos  *fines o cualidades*  en función de su propia generalidad o abstracción.

#### 1) Fomento de la integración social de personas con discapacidad y su inserción sociolaboral.

Para darnos cuenta del impacto que las personas con discapacidad superior al 33% tienen en la sociedad, baste decir que en 2017 su número era de 1.774.800, en edad activa<sup>501</sup>. Es, por tanto, un colectivo que representa el 5,9 % de la población en España, y es objeto de especial protección, debido a las múltiples desventajas que presenta en relación con el resto de los ciudadanos.

Uno de los primeros instrumentos normativos en el ámbito europeo es la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Su considerando núm. 6, explicita la importancia de combatir toda forma de discriminación, y opta por la adopción de medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas con discapacidad. Su artículo 5, promueve el acceso al empleo y la progresión profesional, previendo, como salvedad, que las medidas supongan una carga excesiva para el empresario; aunque matiza, no será excesiva cuando sea paliada mediante medidas de política de Estado.

Otro hito relevante en la materia, es el Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en

<sup>501</sup> Informe Olivenza 2017, editado por el Observatorio Estatal de la Discapacidad y promovido por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Véase la siguiente dirección de Internet:  
<https://observatoriodeladiscapacidad.info/attachments/article/110/Informe%20Olivenza%202017%20v5.7.pdf>

Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en la que los Estados partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás. Los Estados firmantes se comprometen, entre otras medidas, a emplear personas con discapacidad en el sector público, también en el sector privado, mediante políticas y medidas pertinentes.

La Directiva 2014/24/UE, en su parte motivacional, Considerando núm. 3, se refiere a las personas con discapacidad, invocando la Convención de Nueva York, al decir que debe tenerse en cuenta en relación con la elección de medios de comunicación, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución del contrato. Más adelante, el considerando núm. 99, recoge entre las posibilidades de integrar cláusulas de tipo social como criterios de adjudicación, las medidas destinadas a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables, en su calidad de personas encargadas de ejecutar el contrato. A partir de ahí, el texto no contempla mayor detalle; su artículo 67, dedicado a los criterios de adjudicación, únicamente se refiere al concepto general de características sociales, que han de interpretarse sobre la base motivacional del citado considerando núm. 99, en concordancia con el núm. 92, que califica de no exhaustivo, el listado de criterios de adjudicación sobre aspectos sociales y medioambientales.

Regresando al Derecho interno, el R.D.Leg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad (en adelante R.D. Leg.1/2013), sin establecer posibilidades, propiamente dichas, sobre criterios de adjudicación, contiene imperativos tendentes a facilitar su integración social. Así, en su artículo 42, reserva una cuota de puestos de trabajo, tanto en las empresas públicas como privadas; en el artículo 59, relativo a la toma de conciencia social, requiere de los poderes públicos el desarrollo y promoción de actividades de información, campañas de toma de conciencia, acciones formativas y otras necesarias para la promoción de la igualdad de oportunidades, adoptando en el artículo

65 medidas contra la discriminación directa o indirecta, por motivo de discapacidad. Entre las medidas de acción positiva, a las que se refiere el artículo 68, tampoco encontramos referencia alguna a la contratación pública, si bien, se citan las normas, criterios y prácticas más favorables.

Por fin, llegamos a la LCSP 2017. Como hemos adelantado, el artículo 145.2, no por casualidad, abre el listado de *causas sociales* con el fomento de la integración social de personas con discapacidad, así como su inserción sociolaboral, lo que da cuenta de la importancia que el legislador concede al desarrollo y promoción de políticas de compensación de desventajas, en este caso laborales, que afectan a las personas con discapacidad. Pero el precepto no solo contempla la integración social, sino también su inserción laboral. El primero, heredado de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, primera Ley aprobada en España, con objeto de regular la atención y apoyos a las personas con discapacidad y sus familias. Esta ley recoge medidas de apoyo orientadas a compensar las múltiples desventajas de las que adolecen, para permitirles llevar una vida normal en su entorno, estableciendo igualmente medidas de integración laboral, cuya finalidad era garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato en el sistema ordinario de trabajo o a través de Centros Especiales de Empleo.

El segundo término, el de inserción laboral, lo acoge el R.D. Leg.1/2013, que en su artículo 37, se refiere a la finalidad de la política de empleo, poniendo el foco de atención en el aumento de las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo su discriminación. El precepto clasifica también el tipo de empleo sobre el que pueden ejercer su derecho al trabajo. Así, se recoge un empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones, un empleo protegido, en centros especiales de empleo y enclaves laborales, y un empleo autónomo.

Sin embargo, la legislación especial en la materia no contempla esta perspectiva estratégica que confiere la LCSP 2017 como proceso inductivo para contribuir a la implementación de las políticas activas, esto es como complemento conveniente del sistema de prestaciones sociales económicas, de la protección a la salud, de la educación, de la accesibilidad, de medidas de acción positiva general, del derecho al trabajo, que incorpora medidas específicas de reserva de al menos el 2% sobre la plantilla total de las empresas, públicas y privadas, que empleen a un número de 50 o más trabajadores y, en fin, de medidas de protección social.

Para entender mejor este proceso de contribución al ámbito de las políticas activas de empleo, debemos adentrarnos en el Texto Refundido de la Ley de Empleo (en adelante Ley de Empleo), aprobado mediante R.D.Leg. 3/2015, de 23 de octubre, cuyo artículo 2. “Objetivos”, nos habla de los objetivos generales de la política de empleo, y entre ellos, el aseguramiento de políticas de integración laboral, dirigidas a colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente personas con discapacidad. El eje 3, “Oportunidades de empleo”, de la Estrategia Española de Activación para el empleo, incluye actuaciones que tienen como propósito incentivar la contratación, especialmente de colectivos con mayor dificultad en el acceso, considerando de especial interés las personas con discapacidad.

La Ley de Empleo, entiende por políticas activas de empleo (art. 36): *“el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación profesional para el empleo en el ámbito laboral dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social.”* Los recursos económicos asignados a estas políticas son gestionados por los servicios públicos de empleo, a través de servicios y programas, entre los que se encuentran la concesión de subvenciones públicas y la contratación administrativa. Es la única referencia que

encontramos en el texto a la perspectiva estratégica de la LCSP 2017, que venimos comentando.

Dicho lo cual, sin restar importancia a la contribución de la LCSP 2017 a la integración social de las personas con discapacidad, especialmente en el ámbito de la accesibilidad y el diseño para todos, de mejor adecuación a través de las especificaciones técnicas, ya vistas, nos centramos en el apoyo que esta ley brinda a las políticas activas de empleo, previendo la posibilidad de valorar, en fase de adjudicación, la participación de personas con discapacidad asignadas a la ejecución del contrato, siempre que ello sea posible, esto es, en contratos no sujetos a subrogación o de prestaciones compatibles con las capacidades propias de las personas con discapacidad. En caso contrario, si el contrato está afectado por la subrogación convencional o legal de trabajadores, todavía será posible esta participación de personas con discapacidad en supuestos de sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, jubilaciones e invalideces. Por supuesto que han de referirse al objeto específico del contrato, y no a la composición de la plantilla de la empresa licitadora<sup>502</sup>.

Parece indiscutible, como dice Faustino CAVAS MARTÍNEZ<sup>503</sup>, que mejorar las condiciones de los trabajadores tiene una relación directa con la calidad de servicio, pues como hemos dicho anteriormente, contribuye también a reducir la conflictividad social. Sin embargo, el autor reconoce que *“corren vientos fríos para la inclusión de cláusulas sociales que contribuyan a mejorar*

<sup>502</sup> GARCÍA ROMERO, María Belén, Cap. Octavo “Cláusulas de inserción laboral y contratación pública”, del libro *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. Belén GARCÍA ROMERO y María M. PARDO LÓPEZ, Directoras, THOMSON REUTERS Aranzadi, 2017. Págs. 239 y ss. Dice la autora que, *“son las prestaciones que requieren para su ejecución de mano de obra las más susceptibles de incorporar dispositivos de inserción destinados a grupos o personas en situación de dificultad.”*

<sup>503</sup> CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, Cap. Noveno “Las cláusulas sociales sobre fomento, calidad y mantenimiento del empleo en la contratación pública”, del libro *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. Belén GARCÍA ROMERO y María M. PARDO LÓPEZ, Directoras, Thomson Reuters Aranzadi, 2017. El autor cita varios ejemplos de criterios objetivos de valoración que pueden incluirse en los Pliegos para apoyar la calidad en el empleo, entre ellos: las personas con discapacidad, la preservación de la seguridad y salud de los trabajadores, la mejora de la cualificación del personal, la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la ocupación de mujeres en puestos de responsabilidad, etc. Pág. 269.

*la calidad de nuestro sistema de relaciones laborales*”, y cita como ejemplo la STSJ de Madrid, de 7 de junio de 2017, que sitúa en la línea de la interpretación restrictiva, a la inclusión de cláusulas sociales que viene realizando el TACRC.

A juicio de PUERTA SEGUIDO y PUNZÓN MORALEDA, se impone la obligación, y no facultad, de incluir, a criterio del órgano de contratación, cláusulas sociales como criterios de adjudicación, y cita expresamente el art. 1.3 de la LCSP 2017, que refuerza con alusión a la Sentencia del TS, de 17 de julio de 2012<sup>504</sup>.

La materia ha sido tratada por los TARC, en las que se plantean diversas consideraciones sociales, entre ellas, las nuevas contrataciones necesarias de personas con discapacidad, (TACRC, núm. 378/2019, de 11 de abril), manifestando, sobre la base de la doctrina sentada en la ya estudiada Resolución núm. 235/2019<sup>505</sup>, de 8 de marzo, que esta consideración social no incide en el rendimiento de la oferta respecto de la prestación objeto del contrato, ni permite evaluar comparativamente unas y otras para determinar en qué mejoran la satisfacción de las necesidades de la Administración; o la promoción de la inserción socio-laboral de personas con discapacidad (TARC de la Junta de Andalucía, núm. 124/2018, de 4 de mayo)<sup>506</sup>, en la que, a juicio del Tribunal el criterio de adjudicación no está vinculado con la ejecución del contrato, sino con las características propias de la empresa que licita,

<sup>504</sup> PUERTA SEGUIDO, Francisco y PUNZÓN MORALEDA, Jesús, “Contratación pública socialmente responsable y discapacidad...”. Los autores comentan que *“el recurso lo interpuso la Confederación Nacional de la Construcción por considerar que era improcedente la inclusión de un criterio de adjudicación denominado «de igualdad», que otorgaba hasta un máximo de 5 puntos —sobre un total de 100- al licitador con mayor porcentaje de personal femenino fijo en la plantilla. El TSJ de Extremadura consideró ajustado a derecho ese criterio y la Confederación recurrió en casación que fue desestimada por el Supremo.”*

<sup>505</sup> Concluye el TACRC, que las medidas de fomento consistentes en *“contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional no cumple el requisito necesario para operar como criterio de adjudicación, aunque sí puede operar, cumpliendo los requisitos exigidos, como condición de ejecución del contrato.”*, o también como un criterio *“adicional”* para *“poder elegir entre dos licitaciones equivalentes.”*

<sup>506</sup> En la Resolución se combate la configuración de un criterio de adjudicación consistente en *“la acreditación de la promoción de la inserción socio-laboral de personas con discapacidad en la empresa, valorando el porcentaje de personas con discapacidad, de entre los criterios de aplicación automática de 0 a 40 puntos, en orden decreciente, siendo 40 puntos el de mayor porcentaje -no número de discapacitados-”*.



resultando contrario a la doctrina analizada (circunstancias de la empresa, en lugar de calidad de la oferta, de acuerdo con sus Resoluciones núms. 64/2012, de 14 de junio, 18/2013, de 25 de febrero, 58/2013, de 10 de mayo, 46/2016, de 18 de febrero, y 245/2016, de 14 de octubre). El Tribunal, no obstante, hace una reflexión interesante, que a nosotros nos sirve para modular su primera respuesta, y es que entiende posible un criterio de adjudicación que valore el *“fomento de la integración social de personas con discapacidad”*, conforme al artículo 145.2. 1º de la LCSP 2017, si bien matiza, que a diferencia del supuesto que analiza, los trabajadores deberán encontrarse *“entre las personas asignadas a la ejecución del contrato”*. En síntesis, el Tribunal considera discriminatorio y no vinculado al objeto del contrato valorar el mayor porcentaje de personas con discapacidad al servicio de la empresa, no del contrato; y presumimos nosotros, que acoge un supuesto del tipo que desarrollamos en este apartado, relativo a la incorporación a la ejecución de la prestación de un mayor número de personas con discapacidad.

Otras consideraciones se refieren a la inserción sociolaboral de personas con discapacidad, o en situación o riesgo de exclusión social (TACP de Navarra, núm. 64/2019, de 23 de julio), sin señalarse cuáles son los criterios de adjudicación en la valoración de criterios sociales, entendiendo el Tribunal que la Entidad adjudicadora se ha limitado a recoger enunciados del artículo regulador de los criterios de carácter social, sin concretar qué características van a ser objeto de valoración y cuál su ponderación, lo que constituye una vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, al no haberse puesto a disposición de los licitadores, ni las reglas, ni los coeficientes de ponderación de la valoración del criterio.

En síntesis, con todo respeto a la doctrina del TACRC sobre la incorrección de valorar una eventual mayor contratación de personas con discapacidad que supere los umbrales previstos en el R.D. Leg.1/2013, por su falta de incidencia en el rendimiento comparativo de las ofertas, damos por reproducidos aquí los argumentos relativos a la calidad en el empleo y, por

ende, de servicio ya comentados al tratar de la vinculación al objeto del contrato. Las características intrínsecas del contrato, no tienen en cuenta que cláusulas como la que analizamos de la inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, forman parte del proceso de producción, comercialización o prestación contratada, mejorando la calidad misma de su ejecución, aunque el TACRC entienda, minimizando la vinculación al objeto del contrato, que no sirven para evaluar el rendimiento comparativo de las ofertas y elegir aquella que presente una mejor ratio calidad-precio, calificando de imprecisión conceptos tales como la “mejora del clima laboral” o “paz social<sup>507</sup>”, como partes de la mejora de la calidad en el empleo<sup>508</sup>, a la que se refiere Faustino CAVAS.

*El Manual de contratación pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad<sup>509</sup>*, ha estudiado las ventajas del establecimiento de cláusulas sociales, delimitado diferentes beneficios para las personas con discapacidad, hecho hincapié en la obtención de un salario a cambio de la prestación personal, y garantizado a los trabajadores autonomía y estabilidad en el futuro como consecuencia de sus prestaciones a la Seguridad Social, amén del beneficio psicológico y fisiológico derivados de la relación social. También desde el lado de la Administración, la incorporación al mercado laboral de personas con discapacidad, le permite el cumplimiento de derechos constitucionales, tales como el acceso de todos los

<sup>507</sup> La Resolución 33/2018, de 24 de enero, del TACP de Madrid, considera que la introducción de criterios de adjudicación o condiciones de ejecución sociales puede ser una forma de prevenir la conflictividad laboral.

<sup>508</sup> Es la característica que le define como mejor o peor, por comparación, con otras ocupaciones, aptas para satisfacer las necesidades económicas, sociales y culturales de los individuos, y de este modo superar las distintas maneras de exclusión laboral y social. *La Guía Práctica para la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación y en subvenciones de la Generalitat y su sector público*, de la Generalitat Valenciana, publicada en el DOCV, núm. 7852, de 17 de agosto de 2016, que analiza la posibilidad de introducir cláusulas de responsabilidad social como criterio de adjudicación, dice que es posible cuando el objeto del contrato exprese estos aspectos de modo literal, siempre que no se refieran a la política general de la empresa, y afirma: “Es lógico pensar que unas mejores condiciones laborales, personales, de formación del trabajador destinado a la prestación del servicio que se contrata, de criterios medioambientales en la producción del objeto del suministro, redundan en una mayor calidad de la obra ejecutada, los servicios prestados y del suministro entregado.”

<sup>509</sup> CERMI y FUNDACIÓN ONCE, primera edición, octubre 2009, asesoramiento de ALONSO-ALEGRE, Germán, IberForo Madrid Abogados, Colección Barclays Igualdad y Diversidad, Director PÉREZ BUENO, Luis Cayo.

ciudadanos a un trabajo digno y el cumplimiento de la cohesión social. Esta situación comportaría para el órgano de contratación una ventaja económica no desdeñable, consistente en la minoración de subvenciones, subsidios y pensiones, e incremento de ingresos derivados de impuestos y cuotas a la Seguridad Social, por nuevos supuestos de devengo.

De relevancia indirecta podríamos calificar los beneficios a obtener por las empresas, propiciados por subvenciones e incentivos económicos asociados a la contratación de personas con discapacidad (adaptación de puestos de trabajo, dotación de equipos, formación profesional) que fomentan las políticas de contratación de estas personas vulnerables, ayudando a conformar una sociedad más justa y equitativa. Por último, la cuadratura de este *círculo virtuoso* se cierra con lo que la Guía denomina *Beneficio Comunitario para la Sociedad*, que apoyado en los tres ejes anteriores coadyuva a la consecución del interés general de la comunidad o bien común, situándose en el fundamento mismo de la existencia de la Administración.

Creemos que una lectura correcta del Considerando núm. 92 de la Directiva 2014/24/UE, no *demoniza* por incompatible una cláusula social consistente en la contratación de un mayor número de personas con discapacidad, pues la mejor relación calidad-precio que hemos de detectar entre un número “n” de ofertas, puede llevarse a cabo mediante la definición de aspectos sociales y medioambientales, siempre que permitan efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento<sup>510</sup> de cada oferta. Lo que es posible, mediante la valoración del esfuerzo realizado por cada licitador. Esta interpretación es conforme con el carácter estratégico, y a la vez programático, que imprime el artículo primero de la LCSP 2017, al extender transversalmente en toda contratación pública la incorporación de criterios sociales y medioambientales.

<sup>510</sup> El rendimiento de cada oferta, en su análisis comparativo, del que nos habla el Considerando 92 de la Directiva 2014/24/UE, no es exclusivo de un concepto económico, sino también cualitativo, y cualitativo es un criterio que valore, comparativamente, la adscripción de un mayor número de personas con discapacidad a la ejecución del contrato. Recuérdese que, según establece el Considerando núm. 93, sigue siendo posible evaluar la rentabilidad basándose en factores que no sean únicamente el precio o la remuneración y, entre ellos, los aspectos sociales.

Por tanto, si como decíamos, según resulta del considerando citado, la mejor relación calidad-precio de una oferta, puede apreciarse mediante un criterio de adjudicación que valore la inserción socio-laboral de las personas con discapacidad, que forman parte del objeto del contrato por ser factores que intervienen en el proceso específico de la producción, prestación o comercialización, según se establezca en las especificaciones técnicas<sup>511</sup>, y dicho criterio permite *“efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas.”*; se habrán dado los requisitos para su homologación y validez, según la Directiva, siendo su utilización segura y pertinente.

A modo de recapitulación consolidada de regulación normativa, doctrina y jurisprudencia, podríamos afirmar que:

- El objeto del contrato: contiene entre sus fines la perspectiva social, combinando prestación determinada e inserción socio-laboral de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta que aquél, a raíz de la tercera generación de Directivas, especialmente la 2004/18/CE, pero fundamentalmente a partir de la 2014/24/UE, no solamente considera la prestación intrínseca estricta (prestación nuclear), sino también los factores que originan su producción (personas, recursos, formas productivas). De ahí que tan importante es el objeto material de la necesidad del órgano de contratación (realización de una obra, prestación de un servicio de limpieza), como las personas intervinientes en su producción, aunque no formen parte de la sustancia material de la obra, suministro o servicio. Ambas cosas, sustancia material y recursos productivos forman un todo imprescindible para satisfacer las necesidades del órgano de contratación.

<sup>511</sup> Pues no otra cosa se deriva del Considerando núm. 99 de la Directiva, permitiendo el establecimiento de requisitos sociales que caractericen el producto o el servicio, y del artículo 124 de la LCSP 2017, que prevé la fijación de condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para contrato establece esta Ley.

- Las prescripciones técnicas: delimitan el contenido cualitativo básico de las tareas aptas y compatibles para su prestación por personas con discapacidad.
- Los criterios de adjudicación: contienen elementos de medida capaces de valorar el rendimiento comparativo de las distintas ofertas, por la intensidad de la mano de obra proveniente de personas con discapacidad, ya sea en empleo directo, o para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, por cuenta de la empresa adjudicataria, y siempre en el marco de los recursos adscritos al contrato y no a la empresa.

En este caso, repetimos, podríamos afirmar que estamos en presencia de verdaderos criterios de adjudicación, vinculados al objeto del contrato, en los términos de la Directiva, esto es, asegurando una competencia real y equitativa.

2) [Personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato. En general personas en situación o riesgo de exclusión social.](#)

El considerando núm. 93 de la Directiva 2014/24/UE consagra la doctrina del TJUE, especialmente *Concordia Bus Finland*, sobre la posibilidad de evaluar la rentabilidad no solo desde el punto de vista económico (precio o remuneración de la prestación), sino basándose en otros factores, considerados cualitativos, como la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables, entre las personas asignadas a la ejecución del contrato. A continuación, el considerando núm. 99, establece que las medidas destinadas a favorecer la integración social de estas personas, podrán estar sujetas a criterios de adjudicación o a condiciones de ejecución de un contrato, a condición de que se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo del contrato

en cuestión, esto es, vinculadas al objeto del contrato<sup>512</sup> y no a una determinada política de responsabilidad social de la empresa (Considerando núm. 97).

De otro lado, la LCSP 2017, prevé en el citado art. 145.2.1º, la posibilidad de fijar características sociales relativas a finalidades cuyo objeto sean las personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general la inserción socio-laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

Asimismo, la Ley de Empleo, al regular la Estrategia Española de Activación para el empleo, incluye en su artículo 10, eje núm. 3 “Oportunidades de empleo”, las actuaciones que tienen por objeto incentivar la contratación, la creación o el mantenimiento de los puestos de trabajo de las personas en situación de exclusión social, de las personas con responsabilidades familiares, de las víctimas del terrorismo y de las mujeres víctimas de violencia de género. Y en su artículo 30, prevé la adopción de programas específicos destinados al fomento del empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, tales como jóvenes, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas en situación de exclusión social e inmigrantes. La Ley contempla, igualmente, la necesidad de coordinación con los servicios sociales para dar una mejor atención, pero no dice nada respecto de la utilización estratégica de la contratación pública.

Incluso, el Consejo General del Poder Judicial<sup>513</sup>, en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, consideración general núm. 45; se refiere a la Directiva 2014/25/UE, y a la posibilidad de

<sup>512</sup> Vid. en este sentido GARCÍA ROMERO, María Belén, “Cláusulas de inserción laboral y contratación pública”, págs. 239 y ss. Dice la autora, que “*desde el momento en que la prestación objeto del contrato requiera de mano de obra o de suministros o equipamientos que precisen de mano de obra, será oportuno que la Administración valore las posibilidades de ofrecer o presentar este objetivo en el mercado en forma de cláusulas sociales que prevean disposiciones en materia de inserción profesional de todos los públicos alejados del empleo.*”

<sup>513</sup> Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 11 de junio de 2015.

incluir consideraciones sociales y medioambientales, señalando que los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución, podrán incluir medidas destinadas a favorecer la integración social de personas desfavorecidas o de miembros de grupos vulnerables, o desempleados de larga duración. De reciente publicación el R.D.Ley, 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales; persigue tres objetivos: que la regulación de la contratación en estos sectores garantice su apertura a la competencia; aclarar las normas vigentes en aras de una mayor seguridad jurídica; y tratar *“de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las PYMES y todo ello garantizando la eficiencia en el gasto público y respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad, libre competencia, integridad o los principios de garantía de la unidad de mercado”*.

De otro lado, el reciente Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable<sup>514</sup>, en su acuerdo octavo, prevé la aplicación de más de un criterio de adjudicación, en la adjudicación de contratos de prestación de servicios sociales, si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato. Los criterios se formularán incorporando consideraciones cualitativas que incluyan características sociales del contrato, referidas a finalidades como la que desarrollamos.

El Plan tiene la vocación, confesada en su Exposición de Motivos, de *“favorecer la consecución de objetivos propios de otras políticas públicas como son los sociales y laborales, medioambientales, de apoyo a PYME’s, la*

<sup>514</sup> Aprobado por Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

*innovación y el desarrollo o la defensa de la competencia”*, permitiendo *“influir en el mercado e incentivar a las empresas a desarrollar una gestión socialmente responsable, por una parte de manera directa mediante los bienes y servicios concretos que se adquieren, e, igualmente, por vía indirecta a través del ejemplo de las Administraciones Públicas.”*. Y esta es, quizás, la parte más reveladora del Plan, puesto que, a continuación, sus acuerdos, resultan poco innovadores, réplica del articulado de la LCSP 2017, sin desarrollo clarificador; en definitiva, bastante insustanciales, para llevar a la práctica, con éxito, el establecimiento de cláusulas sociales, dadas las vulnerabilidades detectadas en las Resoluciones de los TARC que les afectan.

Por su parte, el Plan Reincorpora-T<sup>515</sup>, bastante más concreto, identifica la vulnerabilidad ante el empleo *“como la situación de aquellas personas inactivas que desean trabajar y están disponibles (IDTD), en paro o en precariedad laboral, pertenecientes a hogares de bajos ingresos laborales o de baja intensidad laboral y que se encuentran en riesgo de permanecer a largo plazo (más de 12 meses) sin empleo o en situación de pobreza en el trabajo.”*

El Plan identifica colectivos especialmente afectados por la situación de desempleo de larga duración, considerados de una especial vulnerabilidad. También identifica factores de género: como ser mujer; de edad: tener más de 45 años; de educación: carecer de estudios de formación profesional o universitaria; de sector de actividad: proceder del sector de la construcción; de origen: ser inmigrante; e incluso, de función: como gerentes y/o trabajadores autónomos. El objetivo del Plan son las personas paradas de larga duración, de 24 meses o más en desempleo, o de quienes tienen un empleo que no garantiza ingresos suficientes para llegar al umbral del SMI.

Entre los objetivos cuantitativos del Plan, están las medidas tendentes a lograr en cantidad, calidad y eficacia la reducción del paro de larga duración, y para

<sup>515</sup> Resolución de 8 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan Reincorpora-t, Plan trienal para prevenir y reducir el Desempleo de Larga Duración 2019/2021.



ello se propone alcanzar acuerdos con los Gobiernos y Administraciones Públicas, a todos los niveles, para incluir Cláusulas Sociales en los contratos del sector público, que garanticen la contratación de entre un 5% y un 10% de desempleados, parados de larga duración, de 45 o más años, en los proyectos e iniciativas que ejecuten. La medida es acorde a la Agenda 2030 de Objetivos de Desarrollo Sostenible, en la que se da cuenta de la necesidad de ejercer una *Contratación Pública Responsable*, incorporando consideraciones de tipo social, medioambiental y de comercio justo, “*con el objetivo de transformar nuestro modelo de producción y consumo hacia formas más equitativas de desarrollo y sostenibles.*”.

Especialmente significativa resulta la medida 24 del Plan, por cuanto prevé la promoción de campañas y acciones informativas, a cargo de los Servicios Públicos de Empleo, dirigidas a los agentes públicos responsables de la contratación, para la incorporación de consideraciones sociales. La medida concluye con la consideración de que para aquellos contratos que impliquen para la adjudicataria contratar al menos a 10 nuevos trabajadores, se valore la contratación de parados de larga duración, vinculados al objeto del contrato, bajo la fórmula que relacione el número de personas contratadas en paro de larga duración, respecto del máximo personal posible. Esta aplicación se recomienda hacerla extensiva a las empresas subcontratistas.

A título de ejemplo, citamos la Instrucción de Contratación pública del Ayuntamiento de Logroño<sup>516</sup>, en el que se contemplan supuestos tales como:

- “*Que se incluyan en el equipo de trabajo trabajadores desempleados/as en los últimos 6 meses o acumulen 6 meses en el último año, (2 puntos por cada persona), hasta 6 puntos (como máximo 5% del total de puntos).*”
- *Se presentará un programa de estabilidad en el empleo de los trabajadores que ejecuten materialmente el contrato. Se otorgará la máxima puntuación a la oferta que contenga mejores garantías de estabilidad en el empleo (proporcionalmente*

<sup>516</sup>Instrucción 1/2018 en materia de Contratación pública del Ayuntamiento de Logroño. Dirección en Internet: file: <http://www.xn--logroo-0wa.es/wps/wcm/connect/>

*al resto de las ofertas) reflejada en el tipo de contrato de los trabajadores adscritos al servicio y durante el período de ejecución del mismo.”*

Si ahora centramos nuestra atención en la jurisprudencia europea, la Sentencia del TJUE, Gebroeders Beentjes, BV, Asunto 31/87, de 20 de septiembre de 1988, declara que la condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la Directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad. Tal condición específica adicional debe obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato. Aunque lo cierto es, que como argumenta el TACRC, en su Resolución núm. 210/2016, el propio TJUE suscita dudas sobre si una cláusula de este tipo encierra o no una discriminación indirecta hacia las empresas no nacionales, argumentándolo del siguiente modo:

*“La exigencia de emplear trabajadores en paro prolongado podría, en concreto, infringir el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad consagrado en el apartado 2 del artículo 7 del Tratado, en el caso de que se comprobara que sólo los licitadores nacionales pueden cumplir tal condición o bien que su cumplimiento resulta mucho más difícil en el caso de los licitadores de otros Estados miembros. Corresponde al Juez nacional comprobar, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, si la exigencia de dicho requisito tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta”.*

En otra sentencia del TJUE, de 26 de septiembre de 2000, asunto C-225/98, se admite como criterio de adjudicación la lucha contra el desempleo, aunque conceptuándolo de “criterio accesorio” no determinante después de comparar las ofertas. También la JCCA, considera en su Informe 3/2009, que *“la inclusión en los PCAP de un criterio de adjudicación que valore la contratación de personal que reúna determinadas condiciones de carácter social con carácter general no es admisible en Derecho.”*, por no tener relación directa con el objeto del contrato. En su lugar, propone tenerlo en cuenta como condición especial de ejecución.

A su vez, de la doctrina de los TARC podemos extraer que:

- Los criterios de adjudicación deben guardar relación con el objeto del contrato y no dar lugar a discriminación (RTACRC núm. 648/2018, de 6 de julio).
- El compromiso de tener a la fecha de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, y de mantener a lo largo de la vigencia del contrato en la plantilla del licitador un mayor número de personas con discapacidad, no sirve para medir el rendimiento de la oferta, máxime cuando se predica de la totalidad de los trabajadores de la empresa, y no de los ligados a su ejecución (RTACRC núm. 996/2019 de 6 de septiembre).

Como complemento de la doctrina administrativa, la JCCA de Aragón, al referirse a la integración de aspectos sociales en los contratos públicos, apela con carácter general a los *“artículos 1.1. y 40 de la CE, que prescriben la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico en el marco de una política de estabilidad económica, destacando que «de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo»*, lo que es conforme con el carácter instrumental de la contratación pública y con el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, que establece entre sus fines, la promoción de un «alto nivel de empleo y de protección social».

Como puede colegirse de la doctrina administrativa y jurisprudencial, no se discute la posibilidad de incluir características sociales y medioambientales en cualquiera de las fases del proceso de contratación, pero han de estar vinculadas al objeto del contrato, respetar el derecho comunitario y dadas a conocer a través de los vehículos de información pública que aquél incorpora, especialmente anuncios de licitación y pliegos. La clave reside, una vez más, de modo recurrente, en cómo debemos interpretar esta vinculación, y aquí la nueva Directiva 2014/24/UE, y la norma de transposición, la LCSP 2017, abren una nueva vía, más ancha, donde caben factores productivos y

métodos y formas de producción, prestación o comercialización, como venimos defendiendo a lo largo de esta Memoria.

### 3) Subcontratación con centros especiales de empleo y empresas de inserción.

El Considerando núm. 36 de la Directiva 2014/24/UE, se refiere a elementos contribuyentes de la integración en la sociedad, señalando expresamente el empleo y la ocupación, como clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y, en este sentido, los talleres protegidos, señala, *“pueden desempeñar un importante papel”*. Consciente el legislador de que, en condiciones normales de competencia, estos talleres, junto a empresas sociales, pueden tener dificultades para obtener contratos, prevé reservar a los mismos el derecho a participar en los procesos de contratación pública.

Además de la reserva de contratos, prevista en la DA Cuadragésimo Octava, la LCSP 2017, contempla en su artículo 145.2.1º, como criterio de adjudicación, la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción, elemento facilitador de la promoción en el empleo de personas con discapacidad o en situación de exclusión social que, en ningún caso, como dice su artículo 215 “Subcontratación”, *“podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado”*.

Sobre la validez, ajuste a la legalidad y el carácter social de este criterio social se han pronunciado los TARC, considerando que no tiene carácter discriminatorio (Acuerdo del TACP de Madrid 10 de mayo de 2017)<sup>517</sup>; que los

<sup>517</sup> En el Acuerdo del TACP de Madrid 10 de mayo de 2017, se estudia el ajuste a la legalidad de un criterio de adjudicación consistente en la subcontratación con empresas de inserción social o centros especiales de empleo, en un porcentaje superior al 5% del importe del contrato. El Tribunal considera que un criterio de este tipo tiene carácter social, aunque no referido a los trabajadores que van a ejecutar el contrato, sino a la integración y empleo de personas con discapacidad, y no tiene carácter discriminatorio.

pliegos no están viciados de inconcreción (RTACRC, núm. 73/2017, de 20 de enero)<sup>518</sup>; y que es un criterio válido (RTACRC, núm. 131/2017 de 3 de febrero)<sup>519</sup>. Pero, como vamos viendo a lo largo de esta Memoria, no toda la doctrina de los TARC es uniforme, también se considera la no aportación de beneficios para el objeto contractual e incumplimiento de los artículos 145.5 y 146 de la LCSP 2017 (TACGal, Resolución núm. 76/2018, de 20 de septiembre)<sup>520</sup>.

A una conclusión similar a la recogida en el apartado anterior, puede llegarse en éste. La relación con el objeto del contrato, el respeto a los principios de igualdad y no discriminación y el cumplimiento del derecho comunitario, se erigen en validadores del supuesto, que solo cede como criterio de valoración, como apunta la última Resolución, por la colisión de diferentes bienes jurídicos, el derecho a la intimidad y la acreditación de la condición (persona LGTBQI) que constituye la causa de valoración.

#### 4) La igualdad entre mujeres y hombres

Ya hemos visto, con anterioridad, como la Comunicación de 1998<sup>521</sup>, con cita del Tratado de Ámsterdam, se plantea como una de sus prioridades “la

<sup>518</sup> La Resolución del TACRC, núm. 73/2017, de 20 de enero, concluye que un criterio como la “mejora relativa al compromiso de subcontratación de un porcentaje del presupuesto de adjudicación del contrato (criterio de valoración 1) a través de Centros Especiales de Empleo - legalmente constituidos y registrados conforme al Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre-“ está claramente cuantificado y tiene una fórmula concreta de valoración, y los pliegos no están viciados de inconcreción.

<sup>519</sup> Igualmente, aunque se trataba de dilucidar sobre la existencia de oscuridad, confusión o ambigüedad en un criterio de valoración de carácter social, como es la subcontratación con Centros Especiales de Empleo, empresas de inserción y entidades sin ánimo de lucro, que desarrollen programas de empleo protegido para las obras por proyectos; la Resolución del TACRC, núm. 131/2017 de 3 de febrero, no discute la validez del criterio.

<sup>520</sup> La Resolución núm. 76/2018, del TACGal, de fecha 20 de septiembre, estudia la validez de un criterio de valoración consistente en el “Compromiso de subcontratación de, al menos, el 25% con personas LGTBQI para la realización de actividades de formación y talleres y actividades socioeducativas: 5 puntos a la que oferte el mayor porcentaje de subcontratación”, y llega a la conclusión de que no se aporta el beneficio para el objeto contractual que la contratación del 25% de personas LGTBQI solo pueda, en su caso, proceder por la vía de la subcontratación. Del mismo modo, el Tribunal considera importante el estudio de cómo se va a configurar el legítimo objetivo en las condiciones del contrato, ya que existen diversos bienes jurídicos protegidos. En definitiva, acaba considerando que el criterio de adjudicación incumple los artículos 145.5 y 146 de la LCSP 2017.

<sup>521</sup> Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 1998. COM (98) 143.

*eliminación de la desigualdad y la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer en todas las políticas y actividades de la Unión Europea*”; sin embargo, se trataba de un planteamiento timorato que, junto con otras posibilidades para alcanzar objetivos sociales, consistía en fórmulas de prohibición para contratar y el respeto de obligaciones de carácter social, que tengan como objeto, se dice, *“promover el empleo femenino”*. Pese a esta escasa incursión de lo social, la Comisión anima a los Estados miembros a que utilicen su influencia para perseguir los objetivos sociales.

Tampoco la *Comunicación social* de 2001, es que mejore mucho la consideración como criterio de adjudicación, salvo para indicar que aquéllos que se refieran a la aplicación de programas de promoción de la igualdad de oportunidades, relativos a las empresas, y no a la ejecución del contrato en concreto, son ajenos al mismo y, por tanto, quedan excluidos de las Directivas, de conformidad con una lógica que se mantiene hasta nuestros días de vinculación al objeto del contrato y de valor intrínseco a la prestación.

Otros instrumentos y disposiciones, tales como:

- La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, en su Objetivo 5, *“Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas.”*, no va más allá de una mera declaración para fijar objetivos y metas a largo plazo, aunque como dijimos, reúne el valor de orientación consensuada de principios del desarrollo humano;
- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>522</sup>, en su artículo 23 *“Igualdad entre mujeres y hombres”*, que garantiza en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución, declara que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas a favor del sexo menos representado.

<sup>522</sup> (2010/C 83/02). DOUE de 30.3.2010

- La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.
- La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; define la discriminación directa, la discriminación indirecta, el acoso y el acoso sexual, insta asimismo a los empresarios a adoptar medidas preventivas para luchar contra el acoso sexual, y endurece las sanciones en caso de discriminación.

No prevén la utilización estratégica de la contratación pública como medio de contribuir a la mejora de las políticas de igualdad. Si bien, algunas de ellas, como la Directiva 2006/54/CE, regulan la prohibición de discriminación por razón de sexo en los sectores público y privado, en relación con las condiciones de acceso al empleo, la orientación profesional, las condiciones de empleo y de trabajo o la afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios (art. 14).

Pese a este escaso bagaje de normativa especial en materia de igualdad que anime a los estados miembros de la UE a la utilización estratégica de la contratación pública, parece claro que, desde todas ellas, se invita a la consecución de objetivos sociales, en este caso, de políticas públicas de género. Y para llevar a cabo esta operación, contamos, ya en el ámbito del derecho interno, con la Ley de Igualdad, que permite a los órganos de contratación, y en relación con la ejecución de los contratos que celebren, el establecimiento de condiciones especiales, a fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público (art. 33). En el ámbito de la Administración General del Estado, además, la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que,

en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, igualem en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación.

Pero el verdadero apoyo como herramienta al servicio de estas políticas, lo brinda la Directiva 2014/24/UE, cuyo considerando núm. 98, establece que *“Es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate”*, e igualmente la LCSP 2017, que en su artículo 145.2, nos habla de los planes de igualdad de género que se apliquen a la ejecución del contrato y, en general, de la igualdad entre mujeres y hombres, aunque no explicita ni desarrolla en qué consisten tales características, quizás, en este caso sí, porque su enunciado, un tanto genérico, se asocia bien con las finalidades sociales a las que se refiere el artículo, permitiendo un desglose, admitido por el carácter no exhaustivo del listado, en el que quepan diversas manifestaciones del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres.

En este sentido, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ<sup>523</sup>, dice que sería admisible incluir en los pliegos, como criterios de adjudicación, con perspectiva de género, algunos en los que se valorase:

<sup>523</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “Promoción de la igualdad de género a través de la Contratación Pública, págs. 329–368”. La autora, en aras de una delimitación de ejemplos válidos y conformes con el Derecho europeo, especialmente de una correcta vinculación de los mismos con el objeto del contrato, cita otros que considera inadmisibles, tales como: a) que en el momento de presentar su propuesta técnica, la plantilla de la empresa esté conformada por un número de trabajadores igual o superior al x %; b) que las empresas, en el momento de presentar su propuesta técnica, tengan aprobado y apliquen un Plan de Igualdad o hayan adoptado medidas en la política de personal de la empresa dirigidas a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres; c) que una empresa licitadora posea un distintivo oficial de excelencia en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, acreditado documentalmente. En idéntico sentido la Guía de Cláusulas para la igualdad de mujeres y hombres en contratos, subvenciones y convenios públicos de Santiago LESMES ZABALEGUI, Edit. EMAKUNDE-Instituto Vasco de la Mujer, de abril de 2013, recoge una relación de criterios válidos y no válidos como criterios de adjudicación. Así, entiende que: *“la redacción de los criterios de adjudicación (sean o no sociales) debe en todo caso respetar ciertos límites y atenerse a una serie de salvaguardas, como el mantener una estricta relación con la ejecución del contrato, así por ejemplo, no cabe valorar la experiencia o el pasado de la empresa, ni la plantilla global de la misma o al personal dedicado a otros trabajos de la empresa diferentes del*



- *“Que la empresa licitadora se comprometa a emplear para la ejecución del contrato a un 50% de plantilla compuesta por mujeres, siempre que se adscriban material y funcionalmente a la ejecución de la prestación.*
- *Que la empresa se comprometa a aplicar un Plan de Igualdad a la plantilla que ejecutará la prestación contractual.*
- *Que la empresa adscriba a la ejecución del proyecto, como mínimo un x % de mujeres.”*

Pero, igualmente, caben otros, como los previstos en la Instrucción de Contratación del Ayuntamiento de Logroño tales como:

- *Medidas de fomento de la igualdad entre mujeres y hombres, especialmente en materia de remuneración, propuestas por el licitador para su aplicación durante la ejecución del contrato (como máximo el 5% del total de los puntos).*
- *Medidas que favorezcan la conciliación personal, laboral y familiar de los trabajadores al servicio del contrato, durante su ejecución (como máximo el 5% del total de los puntos).*
- *Que en el equipo de trabajo que se vaya a encargar de la ejecución material de la obra, se incluyan mujeres trabajadoras en trabajos operativos o mecánicos, básicos (sin titulación), o especializados para los que se requiera estar en posesión de titulaciones de formación profesional (ciclos formativos, formación profesional básica o formación profesional para el empleo): 2 puntos por cada trabajadora, hasta 6 puntos. (como máximo un 5% del total de los puntos).*

Como observamos, el común denominador es la aplicación de la característica social al contrato en concreto, a su prestación, y no a las peculiaridades de las empresas para cuya consideración ya hemos tenido en cuenta los supuestos de prohibición para contratar y la solvencia técnica y profesional.

*contrato adjudicado o por adjudicar, pues vulneraría la libre concurrencia y no garantiza que se aplique de forma efectiva a la plantilla que ejecutará el contrato.”. Pág. 62.*

Otro aspecto relevante que nos indican los ejemplos es la proporcionalidad de la medida y su equilibrada ponderación con el resto de los criterios de adjudicación. Por último, no se discute la vinculación de las cláusulas al objeto del contrato, por tratarse no solo de finalidades sociales, previstas en el apartado 2 del citado art. 145, sino porque además las mujeres trabajadoras forman parte de los factores que intervienen en los procesos de producción, prestación o comercialización, de las obras, suministros o servicios, y sirven ineludiblemente para valorar el rendimiento comparativo de las ofertas, mediante datos objetivos. Si puede o no sostenerse, además, que con la contratación de mujeres trabajadoras se mejora el rendimiento de la prestación, dependerá de cómo se haya configurado el contrato en su objeto y en sus especificaciones técnicas, pero sin desconocer el papel de herramienta estratégica atribuida a la contratación pública, un papel que no debe desnaturalizar, por razón de la necesidad de obtener una ventaja económica directa, otros beneficios sociales que instrumentos normativos, europeos e internos, interesan de la compra pública.

Y está claro, que en este caso, para no desdecirnos del criterio probatorio que venimos manteniendo respecto de la eficiencia de la compra estratégica, un contrato ejecutado por mujeres trabajadoras no tiene por qué ser más caro, ni más trabado en su ejecución, respondiendo, por el contrario, a políticas justas de representación, retributivas, y de conciliación, en el sector económico correspondiente, para cuya consecución toda colaboración pública es poca<sup>524</sup>.

Sin embargo, no podemos obviar que, como dice la Guía de Cláusulas para la igualdad de mujeres y hombres en contratos, subvenciones y convenios públicos<sup>525</sup> *“la inclusión de criterios sociales en la fase de evaluación de las propuestas continúa acarreando cierta controversia, persistiendo*

<sup>524</sup> El TS, en su Sentencia 5294/2012, de fecha de 17 de julio, fundamento sexto, expresa esta idea: *“la cual pone de manifiesto que, por lo que hace a las Administraciones públicas, el objetivo o meta de la igualdad de hombres y mujeres podrá ser perseguido en la totalidad de sus actividades, esto es, cualquiera que sea el instrumento formal en que estas se manifiesten (procedimiento, acto o contrato), cualquiera que sea su contenido (regulador, de servicio público, fomento, policía, etc.), y cualquiera que sea la materia sectorial a que esté referida.”*

<sup>525</sup> LESMES ZABALEGUI, Santiago, EMAKUNDE-Instituto Vasco de la Mujer, abril de 2013.

*interpretaciones u opiniones doctrinales que mantienen con pertinacia que la normativa europea de contratos públicos no admite los criterios sociales a la hora de valorar las ofertas, que son contrarias a las directivas comunitarias de contratos públicos o que vulneran los principios de igualdad y libre concurrencia.”*

Estudieemos ahora el tratamiento que, como criterio de adjudicación, da la jurisprudencia a la igualdad entre mujeres y hombres. PINTOS SANTIAGO y CÁCERES LUARTE<sup>526</sup>, analizan la correspondiente del TJUE (Asuntos C-450/93, «Eckhard Kalanke contra Freie Hanesdat Bremen» y C-409/95, «Hellmut Marschall y Land Nordrhein- Westfalen»), utilizando como análogo el ámbito de la selección de personal, llegando a la conclusión que el Tribunal *“ha generado la adopción de lo que podríamos denominar «una medida compensatoria encaminada a paliar la desigualdad previa de un grupo discriminado o desfavorecido» como lo sería en este caso la situación de la mujer en la contratación pública.”*

La jurisprudencia interna también se ha ocupado de la cuestión, así, la STS, núm. 5294/2012 de fecha de 17 de julio, citada en nota, conoce en casación de un criterio de adjudicación denominado “igualdad”, que otorgaba puntuaciones en atención al *“porcentaje de personal femenino fijo en la empresa”*. La Sentencia de instancia había afirmado que:

*“así pues, una interpretación conjunta de los preceptos, conlleva a entender que con la finalidad de igualar laboralmente a hombres y mujeres, el Legislador ha querido introducir una serie de medidas de “discriminación positiva” que favorezcan la incorporación laboral y profesional de la mujer, dando un mandato a las Administraciones en tal sentido. Pero incluso en el ámbito Comunitario, deben ser traídas a colación las Directivas 2002/73, 76/207 o la 2004/113.” [...] “en*

<sup>526</sup> PINTOS SANTIAGO, Jaime y CÁCERES LUARTE, Natalia, “Enfoque de género en materia de contratación pública...”, pág. 5. Señalan los autores, que *“en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Kalanke y Marschall, en donde el Tribunal de Justicia viene a decir que, a igual capacitación, el hecho de dar preferencia a las mujeres con el fin de restablecer el equilibrio no es contrario al Derecho comunitario, siempre y cuando se garantice que cada candidatura en particular de un hombre o de una mujer será objeto de una apreciación objetiva y que, por consiguiente, la promoción de un candidato masculino no quedará excluida a priori.”*

*consecuencia, la legislación contractual-administrativa, no puede aislarse de esta ley orgánica, ley transversal, en el sentido de que irradia los principios de igualdad real y no discriminación, sobre todos los ámbitos de la vida política, jurídica y social, y contiene medidas dirigidas a la actuación de los poderes públicos en muy diversos ámbitos, introduciendo las correspondientes modificaciones en todas las leyes estatales afectadas por la regulación del principio de igualdad real.”*

El TS, se muestra conforme con la Sentencia de instancia, si el criterio se utiliza con posterioridad a la aplicación de los criterios objetivos que deben decidir la adjudicación<sup>527</sup>, concretamente *“una vez advertida la igualdad en esos criterios y como preferencia para decidir el empate producido.”* Pero el TS va más lejos, considerando que no puede circunscribirse toda la política de igualdad únicamente a las condiciones de ejecución del contrato, por ser contrario a esa transversalidad que, con tanta amplitud, define la Ley de Igualdad, y perseguible, en este caso, a través de los instrumentos jurídicos que la legislación de contratos regula. Ciertamente, el TS no opta por el aprovechamiento de las políticas de igualdad, que reconoce transversales, en los criterios de adjudicación, trascendiendo de su aplicación como criterio de desempate, pero sus interesantes argumentos, aprobadas las directivas de cuarta generación y la LCSP 2017, son muy útiles para adentrarnos en la integración de características sociales referidas a la igualdad de género, como criterios de adjudicación valorables, y no sólo como meros criterios de desempate.

Por su parte, los TARC, se han ocupado de la materia en buena parte de sus Resoluciones, en unos casos para restarle posibilidades como criterio de

<sup>527</sup> La sentencia de instancia añade lo siguiente: *“en consecuencia los preceptos referidos, deben ser interpretados literal y teleológicamente, por ello en el ámbito contractual administrativo, carecería de sentido realizar una diferenciación entre fases de licitación, adjudicación o ejecución. Lo que se pretende es primar en un grado razonable a aquellos contratistas que hayan incorporado a su plantilla a mujeres. Eso no choca con el resto de criterios, que en este supuesto enjuiciado, la Administración ha tenido en consideración y a los que otorga mayor puntuación, como son la proposición económica, viabilidad técnica, seguridad, etc. **Estas medidas pueden favorecer laboralmente a la mujer, en caso de igualdad de méritos entre candidatos** (la negrita es nuestra), pero no si falta este requisito, en cuyo caso el trato distinto sí es contrario a la igualdad (Sentencias Kalanke y Marshall) [...] En consecuencia se sigue el criterio de adjudicación no a la mejor oferta económica sino a la más ventajosa para los intereses generales, determinando el Legislador que dentro de los mismos cabe primar a empresas que en su plantilla existan mujeres desempeñando funciones laborales”.*

adjudicación, por no estar referido o vinculado con el objeto del contrato y tratarse de una característica de la empresa, o ser contrario al ordenamiento jurídico (RTACRC, núm. 660/2018, de 6 de julio<sup>528</sup> y núm. 388/2019, de fecha 17 de abril<sup>529</sup>); en otras para advertir que la contratación de mujeres no supone una mejora en la prestación del servicio y que no está relacionado con el objeto del contrato (Acuerdo del Tribunal de Contratos públicos de Navarra núm. 45/2016, de 8 de agosto)<sup>530</sup>

<sup>528</sup> Se impugna una cláusula consistente en la valoración con 10 puntos, por cada uno de los criterios siguientes: “Disponer de un Plan de igualdad registrado en REGCON” y “Existencia de un mínimo de 50% de mujeres en la plantilla”, según se aduce por la recurrente, porque la acreditación del registro del plan de igualdad no está vinculado al objeto del contrato y no tiene por qué suponer una mejora social, y respecto de la presencia de mujeres en la plantilla, porque no mejora la calidad del contrato y es una exigencia vinculada a la ejecución y no a la adjudicación del contrato. El Tribunal, tras analizar los criterios discutidos, llega a la conclusión de que “disponer de un plan de igualdad registrado en REGCON”, incumple la LCSP, toda vez que “no está referido, como exige la Ley, a su aplicación en la ejecución del contrato, sino a la empresa licitadora en su conjunto y de forma previa a la formalización del contrato.”. Se trata, como dice el Tribunal de una característica de la empresa, no referida al objeto del contrato, que no puede utilizarse como criterio de adjudicación, y cita en su apoyo los informes 17/11 y 13/98 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Otro tanto, dice el Tribunal respecto del segundo de los criterios analizados, “la existencia de un mínimo de 50% de mujeres en la plantilla”, considerando que sigue refiriéndose a la empresa en su globalidad, y no al porcentaje de mujeres respecto de la plantilla que ejecutará el contrato. Señala además, la circunstancia de que en este tipo de actividades (Servicio de ayuda a domicilio), el porcentaje de mujeres suele ser muy superior al de hombres, careciendo de todo sentido su establecimiento. El Tribunal, en apoyo de su tesis, cita el Considerando núm. 97 de la Directiva 2014/24/UE, que dice: “No obstante, la condición de que exista vínculo con el objeto del contrato, excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa (la negrita es nuestra), lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, servicios o suministros adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa”.

<sup>529</sup> En ésta, se recurre un criterio de adjudicación que otorga 15 puntos a las empresas que posean el distintivo de “igualdad en la empresa”, otorgado por el Instituto de la Mujer, dependiente del Ministerio de la Presidencia por, según dice el recurrente, no está vinculado al objeto del contrato, siendo que nada aporta a la correcta ejecución del contrato, y no debe confundirse con un plan de igualdad de género. El Tribunal, basándose en su Resolución 235/2019, paradigma conceptual sobre la vinculación al objeto del contrato, así como en la citada anterior, 660/2018, concluye que el criterio es contrario al ordenamiento jurídico, por infringir las exigencias de vinculación al objeto del contrato, “no pudiendo referirse a ninguno de los momentos del ciclo de vida del presente contrato, al ser este distintivo una cualidad genérica de la empresa”.

<sup>530</sup> El Acuerdo del Tribunal de de Navarra, se ve la impugnación de un criterio de adjudicación de carácter social, denominado “Presencia de mujeres en el equipo técnico que va a desarrollar los trabajos: Deberán presentar una declaración responsable indicando el número de mujeres y hombres que conformarán el equipo técnico que va a desarrollar los trabajos. Se valorará con hasta 10 puntos a la entidad licitadora que contenga un mayor número de mujeres en el equipo técnico presentado para el desarrollo de los trabajos, siempre que la ratio de mujeres sea superior a 0,47.”. El Tribunal, señala que no se justifica que la contratación de mujeres suponga una mejora en la prestación del servicio y que no está relacionado con el objeto del contrato, no comportando ventaja, directa o indirecta, en la prestación del servicio. Por ello, lo declara nulo.

Quizás estemos un tanto lejos de la pacífica aceptación de las cuestiones de género como criterio de adjudicación, una vez más por la difícil vinculación de las mismas al objeto del contrato. Se habla de transversalidad, y el concepto abarca también a la fase de adjudicación de los contratos; se habla de límites al establecimiento de estas características, tal y como han sido expuestos más arriba, cuya síntesis es que vayan referidos a la plantilla que funcional y materialmente ejecutará el contrato; y se habla de diferentes instrumentos y disposiciones que precisan políticas para la compensación de desventajas entre la mujer y el hombre; pero la realidad es la que es, una vez más el principio de competencia, sobresale por encima de declaraciones y principios manifestándose con preponderancia en la doctrina jurisdiccional y administrativa. Ciertamente, se trata de una doctrina que bebe de las fuentes de las Directivas de tercera generación, especialmente de la 2004/18/CE, y de su norma de transposición, la LCSP 2007 y TRLCSP, pero que se muestra con una fuerte inercia e influye en la ralentización de las importantes novedades que recogen el último paquete de Directivas de 2014 y la LCSP 2017.

#### 5) La conciliación de la vida laboral, personal y familiar

Es una manifestación más del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, que las políticas de conciliación *“han tenido como sujeto destinatario de las mujeres, con la consiguiente connotación de la conciliación «como un problema exclusivo de mujeres»*<sup>531</sup>. La Directiva 2014/24/UE contempla esta característica como condición de ejecución, en su considerando núm. 98, y la Ley de Igualdad, la justifica, en su art. 44, a fin de *“fomentar una asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.”* En este sentido, corresponde a las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas

<sup>531</sup> ORTÍZ GONZÁLEZ-CONDE, Francisco M., Cap. Undécimo “Las cláusulas de contratación pública en relación a la conciliación y corresponsabilidad de la vida profesional, personal y familiar”, del libro *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Belén GARCÍA ROMERO y María M. PARDO LÓPEZ, Directoras, Thomson Reuters Aranzadi, 2017. Pág. 318.

competencias y, en aplicación del principio de igualdad, facilitar la conciliación de la vida personal, familiar, y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional.

La LCSP 2017 recoge, entre las características sociales del art. 145.2., la de la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, dejándola indicada como una de las finalidades a las que puede referirse el contrato, sin realizar desarrollo alguno. De ahí, que en este apartado, demos por reproducidos los comentarios realizados al analizar las distintas características que presenta el derecho a la igualdad entre la mujer y el hombre.

ORTÍZ, distingue entre medidas de conciliación y de corresponsabilidad, añadiendo a estas últimas un *plus* que persigue la implicación de todas las personas, especialmente de los hombres, en el reparto de tareas domésticas y familiares, cobrando especial importancia, según advierte, el papel de los agentes sociales y de las organizaciones públicas y privadas, pasando de lo que considera políticas asistenciales y pasivas a otras productivas y activas, para conseguir una *“implicación tripartita en la defensa de los derechos fundamentales.”* El autor cita varios ejemplos de conciliación, tales como la flexibilidad horaria para los trabajadores con cargas familiares o la movilidad entre el tiempo parcial y el tiempo completo para los mismos.

El Ayuntamiento de Madrid, en su Instrucción núm. 1/2016, relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento y sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal, recoge como cláusulas sociales, que podrán incluirse como criterios de adjudicación, en contratos con perspectiva social, la valoración de las *“medidas concretas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar que la entidad licitadora se comprometa a aplicar para la plantilla que ejecute el contrato”* ya sea como mejora de los mínimos establecidos como condición especial de ejecución en el pliego de prescripciones técnicas, ya sea como

criterio de adjudicación independiente de las condiciones especiales de ejecución<sup>532</sup>.

Por su parte, el TACP de Madrid, en su Resolución núm. 16/2016, de 3 de febrero, conoce el supuesto de una licitación del Ayuntamiento de Madrid, en la que se establece, entre otros, como criterio de valoración, el de presentación de un Plan de Conciliación de la vida laboral y profesional aplicable a los vigilantes que realicen la prestación del servicio de vigilancia y seguridad objeto del contrato, con 10 puntos. El criterio había sido acogido por el Tribunal al considerar que *“existe identidad de razón suficiente para considerar aplicable el criterio sustentado por la Sentencia dictada en el Asunto C- 368/2010 , -que permite establecer como criterio de adjudicación un elemento no determinante de la calidad del producto a suministrar, como es su procedencia del comercio justo-, a efectos interpretativos del artículo 150 del TRLCSP en este contrato concreto, en el que el contenido de los criterios de adjudicación controvertidos no se encuentran incorporados material y específicamente a la prestación pero tienen una evidente repercusión en la calidad de la misma. Esta aplicación, por otro lado, no resulta impedida por otro pronunciamiento jurisprudencial en contra.”* Considera igualmente el Tribunal, que su inclusión en este tipo de contratos, con prestaciones personales, no supone trato discriminatorio para ninguna empresa, puesto que las que pretendan obtener puntuación por estos criterios sociales, necesariamente obtendrán una menor puntuación en la oferta económica, ya que deberán presupuestar en principio mayores gastos. Aunque la Resolución del TACP de Madrid, fue recurrida ante la Sala de lo Contencioso del TSJM (Sentencia 220/2017, de 7 de junio), éste no se

<sup>532</sup> Criterio b.3) “conciliación de la vida personal y laboral de las personas trabajadoras dice: “se valorará hasta con X puntos, las medidas concretas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar que la entidad licitadora se comprometa a aplicar para la plantilla que ejecute el contrato, valorándose el siguiente contenido:

- cheque servicio o acceso a recursos sociocomunitarios que faciliten la atención de menores o personas dependientes
- mejoras sobre la reducción de jornada, excedencias, licencias o permisos de paternidad o maternidad
- la flexibilización, adaptación o reasignación de servicios y horarios en función de las necesidades de conciliación.
- otras similares.”



pronuncia sobre dicho criterio de adjudicación, por no haber articulado la recurrente motivo de impugnación alguno.

Sin embargo el TSJM, en la Sentencia núm. 136/2017, de 23 de febrero, sobre los criterios sociales que intervienen en la adjudicación, entre ellos la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, hace referencia a la doctrina citando los siguientes requisitos, que califica de necesaria concurrencia:

*“a) Que los criterios estén vinculados al objeto del contrato; b). Que no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada; c) Que estén expresamente mencionados en la documentación preparatoria del contrato; y d) Que se atengan a los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como de los principios jurídicos que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.”*

Una vez más, insiste la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJM que el juego de las cláusulas sociales en materia de adjudicación es limitado, siendo en la fase de ejecución del contrato donde las posibilidades son mayores. Recoge la STJUE, de 26 de marzo de 2015 (C-601/2013), que sienta la doctrina de que *“los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar para determinar la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo” en la Directiva. Así, pues “dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar. Sin embargo, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa” Y, además, los criterios de adjudicación deben estar “vinculados al objeto del contrato”*. El Tribunal analiza igualmente la Directiva 2014/24/UE, y llega a la conclusión de que su idea reguladora básica es garantizar la competencia dentro del mercado único europeo, incluso afirma, que ésta es prevalente, y concluye que ninguno de los criterios de adjudicación denominados, en el supuesto que examina, “Criterios sociales”,

tiene directa vinculación con el objeto del contrato, según exige el artículo 150.1. del TRLCSP, calificándolos de desproporcionados y susceptibles de crear su inclusión desigualdades y distorsiones entre los licitadores.

Y, una vez más, en este caso con el supuesto de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, se reproduce la pugna entre la libre competencia y la inclusión, especialmente como criterio de adjudicación, de cláusulas sociales, de la que venimos hablando en esta Memoria, que es puesta de manifiesto de un modo muy claro por el TSJM, al negar que tuvieran relación con el objeto del contrato. Merece, en este sentido, traer a colación el voto particular del vocal RENEDO OMAECHERRÍA, expresado en la Resolución del TACRC, núm. 235/2019, de 8 de marzo, discrepando del parecer mayoritario sobre el criterio social *«mejoras de conciliación de la vida personal, laboral y familiar que mejoren los mínimos establecidos en la Ley 3/2007»*. El vocal discrepante, considera que el establecimiento de la cláusula *“no parece vulnerar ninguno de los principios contractuales de la normativa europea y nacional, siempre que guarde la debida proporcionalidad y no produzca discriminaciones directas o indirectas respecto de los restantes licitadores.”*, teniendo en cuenta que se le atribuyen un total de cinco puntos sobre cien, valoración que no supone desproporcionalidad ni trato discriminatorio para el resto de los licitadores, *“que podrán libremente adoptar estas medidas si lo consideran oportuno”*.

Aunque el voto discrepante no sirve para explicar las diferencias de criterio sobre la aceptación de esta característica frente al incremento del salario de los trabajadores, visto en la misma Resolución, sí explica el porqué del acogimiento de una cláusula como ésta, que está prevista en el art. 145.1 de la LCSP 2017 como posible criterio de adjudicación, pese a su “indirecta e hipotética vinculación con el objeto del contrato”, ya que tampoco se garantiza su repercusión en la mejora de la prestación, razonamientos que nosotros trasladamos, igualmente, al resto de los criterios sociales.

## 6) La mejora de las condiciones laborales y salariales

Nos adentramos, sin duda, en tres de las características sociales, ésta, y las dos que desarrollaremos en las dos letras siguientes, que mayor dificultad presentan, como ya hemos visto al tratar de la difícil vinculación al objeto del contrato, en su integración en la fase de adjudicación. Ello es así, porque como han puesto de manifiesto tanto el TACRC, como la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid, inciden directamente en el prevalente principio de libre competencia, atentando contra otros como la no discriminación e igualdad de licitadores, no estando vinculados al objeto del contrato o, mejor dicho, con una vinculación desprovista de valor para distinguir entre el rendimiento de las ofertas, según se fije en las especificaciones técnicas del contrato<sup>533</sup>.

La Directiva 2014/24/UE, en su Considerando núm. 37, al referirse a una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública, establece la importancia de que los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de obligaciones en estos ámbitos, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, pero a continuación, en su último inciso, añade: *“sin embargo, ello no debe impedir en modo alguno la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores.”* Bien es cierto que, como dice el legislador europeo, este tipo de medidas, deben aplicarse con arreglo a los principios básicos del Derecho de La Unión, en especial para velar por la igualdad de trato, de conformidad con la Directiva 96/71/CE<sup>534</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo, de un modo *“que garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los poderes económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros.”*

<sup>533</sup> El Considerando núm. 99 de la Directiva 2014/24/UE, establece que: *“en las especificaciones técnicas los poderes adjudicadores pueden establecer aquellos requisitos sociales que caractericen el producto o el servicio de que se trate [...]”*.

<sup>534</sup> Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO L 18 de 21.1.1997, p. 1).

Este llamamiento a la Directiva 96/71/CE, se reproduce en el Considerando núm. 98, al consagrar uno de los principios de la jurisprudencia europea, como es que los aspectos sociales se refieran a las obras, suministros y servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate y no a características de las empresas. Tanto los criterios de adjudicación como las condiciones especiales de ejecución, se dice, *“deberían aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE [...] Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva.”*

Así, el Considerando núm. 17 de la citada Directiva, recoge que las disposiciones imperativas de protección mínima a los trabajadores, no deben impedir otras mejoras de las condiciones de trabajo más favorables en el país de acogida, aspecto éste que regula su artículo 3.1, refiriéndose a disposiciones legales, reglamentarias, administrativas, así como a los Convenios Colectivos, declarados de aplicación general, correspondientes a las actividades que se recogen en el Anexo, propias del ámbito de la construcción. Y entre las materias objeto de protección, se comprenden las cuantías de salario mínimo y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, lo que no es impedimento para la aplicación de condiciones de empleo y de trabajo más favorables para los trabajadores, según prevé su apartado 7., concordante con el nombrado Considerando núm.17, y tampoco, según se fija en el apartado 10, para que los Estados miembros impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, por igual, condiciones de trabajo y empleo, referidas a materias distintas de las enumeradas en el apartado 1; entre ellas, las citadas de salario mínimo e igualdad entre la mujer y el hombre, así como a actividades distintas a la construcción.

Ahora bien, esta Directiva que analizamos, dice el Considerando núm. 98 de la Directiva 2014/24/UE, ha de aplicarse según es interpretada por el TJUE.

En este sentido, debemos traer a colación la sentencia Ruffert, de 3 de septiembre de 2008 (As. C346/06), cuyo litigio principal gira en torno a que el contrato contenía el compromiso de observar los convenios colectivos y, más concretamente, el compromiso de pagar a los trabajadores empleados en la obra, como mínimo, el salario vigente en el lugar de ejecución, con arreglo al convenio colectivo de Edificios y obras públicas. El Tribunal, considera que :

*“En virtud del artículo 3, apartado 1, párrafo primero, guiones primero y segundo, de la Directiva 96/71, deben garantizarse a los trabajadores desplazados , en relación con las prestaciones de servicios transnacionales en el sector de la construcción, las condiciones de trabajo y de empleo relativas a las materias a que se refieren las letras a) a g) de dicha disposición, entre las que figuran, en la letra c), las cuantías de salario mínimo. Dichas condiciones de trabajo y de empleo se establecen mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y/o mediante convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general”,*

y declara que la citada Directiva se opone a una medida de carácter legal que exija a la entidad adjudicadora designar como adjudicatarios de contratos públicos de obra únicamente a los licitadores que se comprometan a pagar como mínimo la retribución prevista en el convenio aplicable al lugar de ejecución. Esto es, cumplimiento del salario mínimo sí, posibilidad de mejorar el mismo en la oferta, no<sup>535</sup>.

Esta doctrina, sería corregida por la Sentencia del mismo Tribunal, de 17 de noviembre de 2015, Asunto C-115/14, *Regio Post*, relativa a la petición de decisión prejudicial en el marco de un litigio entre Regio Post GmbH&Co. KG y el Ayuntamiento de Landau en Alemania, en relación con la obligación,

<sup>535</sup> La doctrina Ruffert, como dice Artiz ROMEO RUIZ (“Las cláusulas sociales en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público ...”), “en cierto modo alteró la tendencia favorable a incluir consideraciones de tipo social en los pliegos de contratación. Doctrina que ha sido superada por la Directiva 2004/18/CE”.

impuesta a los licitadores y a sus subcontratistas, en el marco de un contrato público de servicios postales, de comprometerse a pagar un salario mínimo al personal que ejecute las prestaciones. La sentencia, parte igualmente de la Directiva 96/71, aplicable a medidas transnacionales que implican el desplazamiento de un trabajador al Estado destinatario de la prestación, y tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 3, antes citado, que mandata a los Estados miembros a velar por que las empresas garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas, entre otras, a las cuantías de salario mínimo. En la misma se considera la Ley del Land de Renania-Palatinado, de garantía de la observancia de los convenios colectivos y del salario mínimo en el marco de la adjudicación de contratos públicos, de 1 de diciembre de 2010. Concretamente, su artículo 4, establece:

*“que los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley relativa a las condiciones de trabajo imperativas aplicables a los trabajadores desplazados con carácter transfronterizo [...] sólo podrán adjudicarse a las empresas que al presentar su oferta se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, por la ejecución de la prestación, un salario cuyo importe y modalidades se correspondan, al menos, con lo dispuesto en el convenio colectivo al que esté vinculada la empresa en virtud de [la citada Ley]”*

quedando excluida de la valoración la oferta que no incluya la declaración de observancia requerida.

El TJUE, al tratar las cuestiones de fondo, analiza las dos cuestiones prejudiciales planteadas<sup>536</sup>, concluyendo que el artículo 26 de la Directiva

<sup>536</sup> Cuestiones prejudiciales: “1) ¿Debe interpretarse el artículo 56 TFUE, apartado 1, en relación con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva [96/71], en el sentido de que se opone a una normativa nacional que obliga al poder adjudicador a contratar solamente a empresas que al presentar la oferta se comprometan por escrito, tanto ellas como sus subcontratistas, a pagar a los trabajadores que dediquen a la ejecución del contrato un salario mínimo establecido por el Estado únicamente para los contratos públicos, pero no para los privados, cuando no exista un salario mínimo general legalmente establecido ni un convenio colectivo de validez general que vincule a los potenciales contratistas y a los eventuales subcontratistas?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión: ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión en materia de contratación pública, especialmente el artículo 26 de la Directiva [2004/18], en el sentido de que se opone a una disposición nacional como el artículo 3, apartado 1, tercera frase, de la LTTG, que dispone la exclusión obligatoria de una oferta en caso de que el operador

2004/18/CE, no se opone a una normativa de una entidad regional de un Estado miembro, que obliga a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato, un salario mínimo e, igualmente, a su exclusión de la participación en el procedimiento de adjudicación, si se negasen a comprometerse a ello.

Ciertamente, la cuestión de fondo, trata sobre el establecimiento de una condición especial de ejecución pero, sin perjuicio del tratamiento de este tipo de cláusulas más adelante, sirve en este apartado para constatar ese giro en la doctrina del TJUE que comentamos, pues considera que una condición especial de ejecución solo será compatible con el Derecho de la Unión cuando no sea directa o indirectamente discriminatoria. Y añade, *“pues bien, consta que una disposición nacional como la controvertida en el asunto principal cumple este requisito.”* La sentencia no contempla la posibilidad de valoración de la mejora de salarios que tratamos en este apartado, sino la obligación de pagar al menos el salario mínimo fijado por una Ley regional, como condición especial de ejecución, igual para todos los licitadores, pero tiene el valor de su declaración compatible con el derecho de la Unión y, por tanto, también con una interpretación más próxima de la Directiva 96/71 al modelo más flexible que establece la Directiva 2014/24/UE. La sentencia tampoco explicaría la inexistencia en esta Directiva (artículo 67.3), del incremento del salario como criterio de adjudicación, probablemente, como dice Isabel GALLEGO CÓRCOLES<sup>537</sup>, *“como consecuencia de la asimilación de la*

*económico no se haya comprometido mediante una declaración específica al presentar su oferta a hacer algo a lo que estaría contractualmente obligado aun sin dicha declaración si se le adjudicase el contrato?”*

<sup>537</sup> GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, “La introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación”. Se refiere la autora al considerando núm. 41 de la propuesta de Directiva en la que las condiciones de trabajo, en el ámbito de la ejecución de la concreta prestación, constituirían un criterio de adjudicación. Concretamente, se decía: *“a fin de integrar mejor las consideraciones sociales en la contratación pública, puede autorizarse también a los compradores a incluir, en el criterio de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa, características relacionadas con las condiciones de trabajo de las personas que participen directamente en el proceso de producción o la prestación de que se trate”*. A continuación se señalaban los objetivos a los que debían asociarse, tales como *“proteger la salud del personal participante en el proceso de producción o favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato.”*. Si bien, estas

*doctrina de la sentencia Rüffert.*” que, como hemos visto, rechaza la exigencia de un requisito consistente en pagar a los trabajadores, como mínimo, la retribución establecida en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la prestación de tales servicios. En todo caso, sirve para relativizar una primera interpretación de la Directiva 96/71/CE, conforme a la Sentencia Rüffert y, por tanto, aspectos tratados en éstas, tales como las condiciones de empleo y de trabajo más favorables para los trabajadores en el país de acogida, pueden ahora apreciarse de un modo más acorde al giro estratégico y social dado por la nueva Directiva 2014/24/UE.

El giro dado por la jurisprudencia europea no es baladí. Que la ley nacional, la LCSP 2017, ensanche el campo de esta visión estratégica de la norma europea, tampoco lo es, siempre que obtengamos una respuesta de la jurisprudencia para interpretar los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo, tal como lo hace la sentencia Regio Post citada, corrigiendo su jurisprudencia anterior, aunque lo haga mediante la posibilidad de inclusión de una condición especial de ejecución. No obstante, si tenemos en cuenta que el Considerando núm. 98 de la Directiva 2014/24/UE, antes citado, contempla un mismo tratamiento para los criterios de adjudicación y las condiciones de ejecución, que han de aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE; podemos sostener la correspondiente extrapolación de la doctrina a los criterios de adjudicación.

De esta base partimos para afirmar que la característica, que no finalidad, como hemos explicado más arriba, recogida en el listado no exhaustivo del apartado 2. del artículo 145 de la LCSP 2017, “mejora de las condiciones laborales y salariales”, puede integrarse como tal entre los criterios de adjudicación, ya que es conforme con el derecho de la Unión, no es discriminatoria, porque permite a todos los licitadores obtener la puntuación correspondiente al esfuerzo que estén dispuestos a llevar a cabo en las mejoras, que solo implican a los trabajadores adscritos y por el plazo de

características tampoco se reflejaron en el artículo 66 de la propuesta, relativo a los criterios de adjudicación.



ejecución, siempre que la puntuación por las mismas no sea desproporcionada en relación con el resto de criterios, se halle efectivamente vinculada con el objeto del contrato, según se defina en las especificaciones técnicas del contrato, y sirva para evaluar el rendimiento comparativo de las distintas ofertas en términos de calidad-precio.

En este punto, analizada la normativa europea e interna, así como la jurisprudencia del TJUE más representativa, nos queda por considerar la controvertida doctrina de los TARC, algunas de cuyas resoluciones, más significativas, hemos visto al analizar la vinculación al objeto del contrato.

Por tanto, de un lado, consideramos Resoluciones como la núm. 33/2018<sup>538</sup>, de fecha 24 de enero, del TACP de Madrid, en la que frente a la pretendida falta de vinculación al objeto del contrato, tiene en cuenta la integración de políticas sociales y medioambientales en la contratación pública como algo indubitado, a pesar de la inercia y resistencia de otras interpretaciones restrictivas, realizadas con parámetros legislativos superados.

Dice el TACP que se cumple el requisito de no ser un criterio discriminatorio, ya que cualesquiera de los licitadores pueden mejorar las condiciones salariales y laborales de los trabajadores adscritos, que el criterio afecta al proceso de producción<sup>539</sup>, tal como se recoge en el apartado 6 del artículo 145

<sup>538</sup> Analiza el supuesto de un criterio de adjudicación, consistente en la valoración con hasta 8 puntos, de las ofertas presentadas que mejoren el porcentaje de la cuantía salarial de los trabajadores que intervengan en la ejecución del contrato, respecto del salario estipulado por el convenio colectivo. La posición de la empresa recurrente es que tal cláusula invade el ámbito laboral reservado a la negociación colectiva y restringe el derecho laboral de opción del empresario o de los trabajadores y sus representantes. Además, aduce, no encontraría vinculación directa con el objeto del contrato y con la satisfacción de las necesidades propias de la población desfavorecida a la cual pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar. El Tribunal, por el contrario, considera que “La integración de políticas sociales y medioambientales en la contratación pública como instrumento de ellas es algo que no admite duda a pesar de la resistencia o inercia a mantener una interpretación restrictiva o con parámetros legislativos superados.”, y alude a la reciente Comunicación de la Comisión Europea, de 3 de octubre de 2017, que redunda en la calificación estratégica de la contratación pública en el conjunto de medidas económicas de cada Estado miembro, y que ésta no se está utilizando suficientemente.

<sup>539</sup> Aduce el Tribunal que “Los órganos de contratación son cada vez más conscientes del impacto de las condiciones, tanto sociales como medioambientales en que se ejecutan los contratos públicos. En relación a los criterios sociales cabe señalar que en gran medida los problemas a la hora de la ejecución de los contratos de servicios derivan de las bajas ofertadas

de la Directiva 2014/24/UE, y se admite para los criterios medioambientales e incluso para otros sociales como el comercio justo. El criterio puede ser una forma de prevenir la conflictividad laboral, y no impone un convenio colectivo determinado, respeta el sistema de fuentes del derecho laboral.

Finalmente el TACP, después al analizar los pronunciamientos judiciales de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJM, concretamente la Sentencia de 7 de junio de 2017, en contraste con otras más tempranas del mismo Tribunal, de 30 de mayo y 6 de octubre de 2003, como ya hemos visto en el del Capítulo IV “Fase de Adjudicación” de esta Memoria, llega a la conclusión de que *“no existe en el momento presente una jurisprudencia consolidada contraria a la inclusión de este tipo de cláusulas, como afirma la recurrente y sí una evolución doctrinal y legislativa favorable.”*. En consecuencia, desestima el recurso.

El mismo TACP de Madrid, afirma la vinculación del criterio que analizamos con el objeto del contrato, anudando condiciones laborales y calidad de prestación (TACPM núm. 81/2019, de 20 de febrero)<sup>540</sup>.

*por los licitadores para resultar adjudicatarios de los contratos, que derivan en modificación de las condiciones laborales de los trabajadores, el impago de salarios y otras circunstancias que determinan tensiones y una conflictividad laboral perjudicial para una adecuada prestación del servicio. Las medidas de presión de los trabajadores redundan en una falta de prestación del mismo por parte de la plantilla, ponen en peligro la continuidad del servicio y pueden generar consecuencias en la relación entre el poder adjudicador y contratista. Los órganos de contratación deben planificar la satisfacción de las necesidades públicas de la manera más efectiva a su buen cumplimiento evitando conflictos laborales como huelgas que concluyen con una mala prestación.”*

<sup>540</sup> Se impugna la cláusula 19.2.3.- “Mejora de las condiciones laborales”, que valora con hasta 20 puntos *“a aquellos licitadores que acrediten mediante declaración responsable [...] que los salarios de los trabajadores se situarán por encima del Convenio establecido en los pliegos.”*; por carecer de vinculación con el objeto del contrato. Igualmente en ésta, la empresa recurrente *“no alcanza a comprender en qué medida una retribución más elevada por parte de la empresa redunde en una mejor prestación del servicio por parte de los trabajadores.”*, y considera que la Administración pretende influir en la política salarial de los licitadores, lo que entiende como una injerencia. Por su parte, el órgano de contratación cree que una mejor retribución redunde en una mejor ejecución del contrato, dado el peso, que tienen los servicios a realizar por los trabajadores, y no hay ninguna obligación de ofertar la mejora que se plantea. Analizadas las cuestiones planteadas por las partes, el Tribunal, citando su propia doctrina, que basa en los artículos 1.3 y 145.2 de la LCSP 2017, afirma la vinculación del criterio con el objeto del contrato, considerando que *“las condiciones laborales de los trabajadores tienen una repercusión evidente en la calidad de la prestación.”*. El Tribunal de Madrid, considera que *“se establece que los criterios cualitativos podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes y cita expresamente “la mejora de las condiciones laborales y salariales”.*

Como vemos, sin rebuscados alardes interpretativos, el Tribunal de Madrid fija su atención en tres aspectos básicos, y que nosotros venimos manteniendo, con profusión de argumentos. De un lado, la concordancia entre los artículos 1.3 y 145.2 de la LCSP 2017, sobre criterios cualitativos que podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, en el marco de la contratación estratégica contemplada en la Directiva 2014/24/UE; en segundo lugar, que el supuesto de “*mejora de las condiciones laborales y salariales*”, ha de interpretarse, no como una finalidad sino como una característica social que puede aplicarse directamente y, en tercer lugar, que las condiciones laborales de los trabajadores repercuten en la calidad de la prestación.

De otro lado, un conjunto de Resoluciones, protagonizadas en esencia por el TACRC y por la TARC de Andalucía, que niegan la vinculación con el objeto del contrato de estas mejoras de las condiciones laborales. Entre ellas, pueden citarse la del TACRC, núm.: 897/2019, de 31 de julio<sup>541</sup>, en la que el

En consecuencia, concluye que la cláusula impugnada resulta acorde a la Ley, desestimando el motivo de recurso.

<sup>541</sup> En la Resolución se estudia la demandada nulidad de un criterio de adjudicación consistente en “Mejoras laborales y salariales”, con una importante ponderación del 29%. El Tribunal, citando su paradigmática Resolución núm. 235/2019, de 8 de marzo de 2019, afirma que para operar como criterio de adjudicación, debe serlo realmente, según la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria, y reunir las siguientes cuatro condiciones:

- a) *Deben estar vinculados al objeto del contrato.*
- b) *Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.*
- c) *Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.*
- d) *Deben publicarse previamente.*

De lo anterior –dice el Tribunal- se deduce que “*solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades.*”. El Tribunal no niega lo evidente, y es que entiende igualmente que “*los factores que intervienen en la producción de la obra, el suministro o el servicio se integran en el objeto del contrato en sentido amplio*”, aunque afirma a continuación, “*pero ello no altera que la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato [...] ha de permitir siempre evaluar comparativamente el rendimiento de las ofertas.*”. Esta interpretación la sustenta en el Considerando núm. 94 de la Directiva 2014/24/UE, que determina: “*Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta*”, argumento del que extrae la conclusión que las cualidades del personal empleado, determinantes de la calidad en

Tribunal, después de entender que los factores que intervienen en la producción forman parte del objeto del contrato, dice que eso ha de permitir, no obstante, la evaluación comparativa del rendimiento de las ofertas; y las del TARC de la Junta de Andalucía, núms. 150<sup>542</sup> y 257<sup>543</sup> de 2019, de 16 de mayo y de 9 de agosto, manifestando en esta última que el criterio de adjudicación debe redundar en un beneficio para la prestación, bien porque aumente la calidad, eficacia o eficiencia, bien porque favorezca su ejecución.

la ejecución del contrato, pueden emplearse como criterio de adjudicación si ello es determinante para el nivel del rendimiento del contrato.

<sup>542</sup> Su fundamento jurídico Octavo, no considera “*como pretende el órgano de contratación que una oferta que proponga una mejora salarial por encima de lo establecido en convenio, superior a la ofertada por otra, suponga necesariamente que las personas trabajadoras de la primera licitadora presten con mayor calidad el servicio que las de la segunda, ni que se afecte de manera significativa la ejecución del contrato, tal y como es definido en las especificaciones técnicas, ni redunde en un beneficio para la prestación que se contrata, en un valor añadido a la misma*”.

<sup>543</sup> En esta Resolución, la empresa recurrente denuncia que se haya considerado por el órgano de contratación la mejora salarial como criterio de adjudicación de carácter social. Considera la recurrente, que el criterio de adjudicación social ha de cumplir tres requisitos: estar vinculado al objeto del contrato, no ser discriminatorio y garantizar la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva, características que no se dan en el citado criterio. El Tribunal, referencia la doctrina clásica de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Informe 9/2009, de 31 de marzo), que sostiene que la vinculación con el objeto del contrato es decisiva a la hora de determinar qué criterios se pueden utilizar para la valoración de las ofertas, y de que los mismos “*han de afectar a aspectos intrínsecos de la prestación, no pudiendo afectar a cuestiones contingentes que no incidan en la forma de ejecutar la prestación, ni en los resultados de la misma*.”; así como la contenida en el Informe núm. 6/2018, de 8 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, que señala, en su consideración tercera que: “*hay que tener en cuenta que su inclusión [de un criterio de adjudicación que tenga como finalidad mejorar las condiciones salariales del personal adscrito a la ejecución de un contrato público] en los pliegos de cláusulas administrativas particulares requiere justificar adecuadamente que obedece a conseguir la finalidad social de mejora de la calidad del empleo que lo fundamenta, el cual debe ser factible. Además, en ningún caso su inclusión puede suponer que se vulneren los principios rectores de la contratación pública, motivo por el cual hay que analizar minuciosamente, no sólo la idoneidad de su inclusión, sino también la forma de inclusión*.”.

Igualmente repasa sus Resoluciones anteriores sobre la vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato, en el sentido de que aporte una ventaja directa a los materiales concretos que se están adquiriendo (Resolución 240/2015, de 29 de junio); sobre la obtención de un beneficio para la prestación que se contrata, tales como incremento de la calidad, eficacia o eficiencia (Resoluciones 46/2016, de 18 de febrero, y 113/2017, de 25 de mayo); o sobre que la vinculación ha de incidir en las tareas que deben desplegarse para la ejecución de la prestación (Resoluciones 112/2018, de 25 de abril, 136/2018, de 10 de mayo). Anota también la Resolución del TACRC, considerando que la mejora o el criterio de adjudicación debe aportar un valor añadido a la ejecución de las prestaciones (Resolución 130/2011, de 27 de abril).

Finalmente, trae a colación la Sentencia 64/2018, de 7 de junio, del TSJ de La Rioja, que dice: “El compromiso de mejora en las condiciones laborales -como lo denomina la Administración- no tiene encaje ni literalmente ni analógicamente con ninguna de las medidas o criterios establecidos en el considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE”. En parecidos términos, las Sentencias 136/2018, de 23 de febrero, y 181/2019, de 14 de marzo, del TSJ de Madrid.

Sin embargo, no podemos sumarnos a esta interpretación restrictiva que vienen manteniendo el Tribunal Central y el correspondiente de la Junta de Andalucía, pues aunque compartamos el punto de partida, esto es, la vinculación al objeto del contrato de los factores que intervienen en el proceso de prestación del mismo y, entre ellos, las personas que llevan a cabo su ejecución, así como la función que ha de cumplir como criterio de adjudicación, de permitir una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, según las especificaciones técnicas; no es menos cierto que estamos refiriéndonos a cosas distintas. De un lado, la cualificación y experiencia del personal, aspecto tradicionalmente negado como criterio de adjudicación y que la Directiva 2014/24/UE introduce, en su artículo 67, para apreciar lo que no es sino una graduación de la solvencia comparada, tradicional en las transacciones comerciales privadas, y que formaría parte de la calidad intrínseca del objeto del contrato, especialmente cuando se trata de servicios personales.

Pero de otro, está la función social del factor interviniente en el proceso de prestación. En este último caso, trascendemos de las características cualitativas del recurso personal, intrínseco de la prestación, para situarnos en un plano diferente, estratégico, coadyuvante e instrumental para el desarrollo de otras políticas activas, como es la función social que cumple el incremento de salario, cuando se justifica su porqué (corrección de situaciones de desequilibrio entre colectivos equiparables o por comparación entre colectivos cuya única diferencia es la naturaleza jurídica de la prestación, etc.). Pues bien, esta función social, no tenida en cuenta por el Tribunal Central, en nada perjudica la apreciación del legislador europeo, en el Considerando núm. 92 de la Directiva 2014/24/UE, sobre los criterios de adjudicación, al decir que *“deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal y como se define en las especificaciones técnicas.”*

Al contrario de lo que aduce el Tribunal Central: *“no pueden constituir criterios de adjudicación aquellos que no permiten evaluar comparativamente las*

*ofertas en términos de su rendimiento sobre el objeto del contrato, en cuanto no afectan a la calidad de su ejecución ni, por ello, a su valor económico.”*, mantenemos que es posible, de acuerdo con el Considerando núm. 92 citado, hallar el nivel de rendimiento de cada oferta en un contexto de calidad-precio, incluyendo aspectos sociales y medioambientales, no basados únicamente en los costes, sino en la función social que incorporan, todo ello, una vez más, en el marco, reiterado en este considerando, de no conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada, de asegurar una competencia real y equitativa, e ir acompañados de modalidades que permitan verificar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores.

El Tribunal no aprecia cómo esas mejoras de las condiciones salariales pueden mejorar el nivel de rendimiento del contrato, ni cómo puede afectar, de manera significativa, a la mejor ejecución del contrato, considerando que el uso de conceptos tales como “mejora del clima laboral” o “paz social” no son suficientes para mostrar una vinculación con el objeto del contrato, siendo por el contrario discriminatorias, *“pues valoraría condiciones de la empresa que ya aplica a todos sus trabajadores en un caso, mientras que en el otro valoraría solo condiciones salariales mejoradas para el personal que vaya a adscribirse a la ejecución del contrato.”*. Por lo demás, se refiere a aspectos ya tratados en los apartados anteriores sobre la referencia a finalidades sociales del artículo 145 de la LCSP 2017, o a las formas de prestación socialmente sostenibles y justas, vistas igualmente al tratar de la vinculación al objeto del contrato, a las que, en todo caso, nos remitimos. Finalmente, concluye que *“ese criterio al implicar inevitablemente una subida de los costes salariales y por tanto del precio del contrato, atenta también contra el principio capital de la selección de la oferta económicamente más ventajosa (art. 1.1 LCSP) y de la selección en función de la mejor relación calidad-precio establecida por el art. 145 de la LCSP.”*, y acaba estimando la nulidad del mismo.

Por su parte, el TACGal, en la completa Resolución 78/2019, de 8 de abril, en el supuesto de impugnación de una cláusula consistente en: *“Mejoras de las*

*condiciones salariales: hasta 10 puntos*”, sintetiza la doctrina hasta el momento existente, protagonizada por la polarización entre los Tribunales Central y de Andalucía de un lado, y de Madrid por otro. Pero añade a la discusión un nuevo elemento, como es la entrada en vigor de la LCSP 2017, que le sirve para afirmar que las mejoras en las condiciones laborales y salariales, como criterio de adjudicación, no son discriminatorias *per se*, contrariamente a lo que había concluido el Tribunal de la Junta de Andalucía, y centra el debate en que la concreta formulación del criterio sea proporcionada y no discriminatoria, principios que no se cumplen en el supuesto, ya que no consta una explicación específica de la obligada vinculación con el objeto del contrato. El Tribunal estima el recurso interpuesto.

Como síntesis final del análisis de esta característica social, podemos afirmar, del mismo modo que habíamos concluido, al analizar la Resolución 235/2019 del TACRC en el marco de la vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato; que es posible establecer un criterio de adjudicación que valore la mejora de las condiciones laborales y salariales de los trabajadores por cuenta de la empresa contratista y al servicio del contrato, siempre que se cumplan los requisitos que tantas veces venimos advirtiendo, emanados directamente de la jurisprudencia comunitaria y recogidos en el artículo 145.5 de la LCSP 2017, siendo el más sensible de todos ellos, el de la vinculación con el objeto del contrato. Pues ni como interpreta el TARC de Madrid, presumiendo la vinculación en la mejora de la calidad de servicio, ni como lo hace el Tribunal Central, considerando que no forma parte del carácter intrínseco de la prestación ni de la mejora de su rendimiento; entendemos, al contrario, que puede apreciarse el valor de una cláusula como la que estudiamos, de un modo sosegado, racional, atendiendo todos los intereses en juego, como lo lleva a cabo el TACGal, basándose en los importantes cambios introducidos por la Directiva 2014/24/UE y la Ley de transposición, LCSP 2017, siempre que se fundamente la relación proporcionada entre el criterio de adjudicación y la mejora del rendimiento, no necesariamente económico, sino social, y la prestación que constituye el

objeto del contrato. Y cuando esto se acredite, no habrá lugar para la discriminación, mucho menos, tratándose de un criterio de adjudicación, respecto del cual los licitadores podrán optar o no, según sus propias estrategias competitivas.

Lo que no resulta de ninguna utilidad son planteamientos vacuos por el órgano de contratación, considerando una cláusula social del tipo de mejora salarial, cuando no se demuestra en la memoria de necesidad del contrato el porqué de su emplazamiento dentro del mismo, ya sea como especificación técnica, criterio de adjudicación o condición especial de ejecución. Ningún sentido tiene un criterio de adjudicación así, en sectores en los que, por ejemplo, la mujer no está subrepresentada, ni se trata con ello de corregir situaciones de desigualdad, o de colectivos tradicionalmente mal remunerados como la seguridad privada, o en aquellos que comparten procedimientos, o se sitúan en las fases preparativas de los mismos, con empleados públicos, mucho mejor remunerados. Pero, en caso contrario, si el objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio, se orientan a corregir estos desequilibrios, queda claro que se cumple una función social, que está implícita en la finalidad estratégica del nuevo ordenamiento de la contratación pública, compatible con los principios originarios de los Tratados de la Unión, entre ellos el de libre establecimiento y competencia, la no discriminación y la igualdad de trato.

En resumen, proporcionalidad, no solo en la valoración del criterio, sino en la elección del mismo, no indiscriminada, sino de manera específica y singular, cuando la situación a corregir lo requiera, valorando su eficiencia o rendimiento de carácter social. Lo que se traduce en la introducción de un mínimo, pero necesario, clausulado social acorde a los fines que se quieren alcanzar, tales como la mejora de las condiciones de trabajo de personas pertenecientes a colectivos habitualmente discriminados por falta de adecuación de salarios y condiciones a la dificultad, especialización, penosidad y peligrosidad del desempeño de su función, tanto autónoma como en comparación con otras similares de los Cuerpos y Categorías de empleados públicos.



## 7) La estabilidad en el empleo

Otra de las características que mayor dificultad presentan en su elección, dada la discutida apreciación por los intérpretes administrativos y jurisdiccionales de la contratación pública. De la estabilidad en el empleo se ocupa el artículo 145.2. de la LCSP, en la lista no exhaustiva de criterios cualitativos que analizamos, pero, una vez más, el texto legal no delimita el concepto, razón por la cual nos ocuparemos en primer lugar de esta cuestión.

En efecto, entendemos por estabilidad en el empleo o estabilidad laboral aquella que busca la permanencia en la relación laboral, evitando cualquier forma de extinción no prevista en los supuestos legales. El artículo 35 de la Constitución de 1978, recoge el derecho al trabajo de todos los españoles, así como la libre elección de profesión u oficio, y la promoción a través del trabajo, sin discriminaciones por razón de sexo; y en el artículo 40 se refiere a los poderes públicos como promotores de una política orientada al pleno empleo.

En la cuestión de inconstitucionalidad 2960-2019<sup>544</sup>, planteada por el Juzgado de lo Social, núm. 26 de Barcelona, en relación al artículo 52.d del Estatuto de los Trabajadores, por posible vulneración de los arts. 15, 35.1 y 43.1 de la CE, respecto de una trabajadora despedida por causas objetivas, concretamente por falta de asistencia al trabajo; el Tribunal Constitucional (en adelante TC) afirma que, *“desde la perspectiva del art. 35.1 CE, no se puede considerar que el precepto cuestionado resulte contrario al derecho a la estabilidad en el empleo, pues si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, lo ha hecho con fundamento en un derecho constitucional (art. 38 CE), con una finalidad legítima, mediando la correspondiente indemnización y ponderando los intereses en conflicto, especialmente a través de las correspondientes excepciones a la cláusula general.”* El derecho al trabajo, según tiene declarado el TC, se concreta en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, y a no ser despedido

<sup>544</sup> Publicada en el BOE, núm. 179, de 27 de julio de 2019

sin justa causa, como por todas recoge en sus SSTC 22/81, de 2 de julio, y 192/2003, de 27 de octubre.

Por tanto, la estabilidad en el empleo nos habla del derecho al trabajo y a su continuidad, salvo en los supuestos legalmente previstos como causa de despido o extinción de la relación. Las Guías prácticas para la aplicación de cláusulas sociales en los contratos públicos, se han ocupado del supuesto con distintos tratamientos. Así, las de la Diputación Foral de Guipúzkoa<sup>545</sup>, la Generalitat Valenciana<sup>546</sup>, y de la Diputación de Granada<sup>547</sup>, contemplan la estabilidad laboral como criterio de adjudicación en el marco de la presentación de un plan de igualdad; en la Guía práctica “Las Claves de la compra pública responsable, de Forética<sup>548</sup>, se cuenta como hito normativo más significativo en materia de contratación pública responsable en el ámbito español; el dictamen del Consejo de Estado, de 22 de diciembre de 1988, “*en el que establece que es preciso incluir una “cláusula social” en los criterios de adjudicación de concurso que deja una puerta abierta para la fijación de nuevos criterios objetivos de adjudicación que permitan tener en cuenta factores tales como la estabilidad en el empleo, el carácter indefinido de los contratos laborales, o la protección del medio ambiente.*”; el dossier de Cláusulas Sociales de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía<sup>549</sup>, recoge como buena práctica núm.8, la correspondiente

<sup>545</sup> DIPUTACIÓN FORAL DE GUIPÚZKOA, *Guía práctica para la aplicación de cláusulas sociales en los contratos públicos*.

<sup>546</sup> GENERALITAT VALENCIANA. *Guía Práctica para la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación y en subvenciones de la Generalitat y su sector público*.

<sup>547</sup> LESMES ZABALEGUI, Santiago, *Guía Práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública*, edita Delegación de Promoción Económica y Empleo Área de Cultura, Juventud y Cooperación Local. Diputación de Granada, 20 de julio de 2011.

<sup>548</sup> FORÉTICA, *Las claves de la compra pública responsable*.

<sup>549</sup> Dossier para la contratación pública sostenible. Igualmente, en su práctica cuatro, se establece un criterio de preferencia en la adjudicación de los contratos, referido a las proposiciones presentadas por empresas que se comprometan a conformar su plantilla, en un porcentaje no inferior al 75% y con carácter indefinido, con trabajadores en los que concurren alguna de las siguientes situaciones:

- Mujeres desempleadas que no tengan acumulada una experiencia laboral superior a 180 días en los dos últimos años.
- Personas que hayan participado en los dos últimos años en proyectos y/o programas de formación y empleo promovidos por distintas Administraciones Públicas con el objeto de cualificar profesionalmente a desempleados para su incorporación al mercado laboral normalizado.

a la *“Estabilidad de la plantilla de la empresa referida al mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato indefinido durante el año anterior a la fecha de presentación de proposición. Entre ello se valora la contratación indefinida a trabajadores minusválidos.”*; la Instrucción 1/2016 del Ayuntamiento de Madrid, recoge entre sus principios inspiradores que: *“La estabilidad en el empleo y el mantenimiento de las condiciones de las personas trabajadoras que prestan el servicio durante la vigencia del contrato, implica mayores ventajas para la prestación objeto del mismo y añade valor al servicio de que se trate en aquellos contratos en los que de acuerdo con su estudio económico, el componente de mano de obra sea esencial”*; por último, la Resolución de 8 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo<sup>550</sup>, recoge entre sus objetivos orientados a mejorar la situación de empleo de los parados de larga duración y otras personas vulnerables, la estabilidad y calidad del empleo, y entre los principios rectores del Plan Reincorpora-T, el de *“Impulsar actuaciones para conseguir un mercado de trabajo que ofrezca derechos, estabilidad y promoción laboral, que elimine las desigualdades de género y que contribuyan, además, a una mayor equidad territorial.”*; además en la medida 28 “Empresas socialmente comprometidas con la inserción de personas PLD”, prevé un incremento del crédito formativo del 5%, para las empresas que incorporen y mantengan de forma estable un porcentaje de trabajadores parados de larga duración superior al 10%.

También la doctrina administrativa de los TARC ha valorado la inclusión de esta característica social como criterio de adjudicación. De nuevo, surge la polarización entre la doctrina del TACP de Madrid y la emanada del TACRC y el correspondiente de la Junta de Andalucía. Así, mientras el primero interpreta que se trata de primar la estabilidad de la plantilla en la prestación del servicio, *“circunstancia que tiene una clara repercusión en la ejecución del contrato y que por otro lado no supone restricción de la competencia ni discriminación de ciertas empresas”*, y considera que el criterio expuesto resulta admisible, en los términos del artículo 150.1 del TRLCSP. 67.2 b) de

- Parados/as de larga duración (que según la Fe de Vida Laboral lleven más de doce meses desempleados/ as).

<sup>550</sup> Plan Reincorpora-t.

la Directiva 2014/24/UE y de la Jurisprudencia (TACP, 206/2016, de 6 de octubre)<sup>551</sup>; asimismo repercute en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, sin que pueda calificarse como criterio ajeno a los criterios objetivos de la baremación (TACP, 33/2018, de 24 de enero)<sup>552</sup>; o basta que se refieran a aspectos influyentes de la prestación (TACP, 340/2018, de 23 de octubre)<sup>553</sup>

Otros TARC, como decimos, consideran que mejoras sociales tales como el incremento de la jornada parcial ofrecida a los trabajadores que no disponen de jornada completa, no tiene cabida en el Considerando núm. 99 de la Directiva 2014/24/UE, y tampoco se halla vinculada con el objeto del contrato (RTACRC 1040/2017, de 10 de noviembre)<sup>554</sup>; que la subrogación obligatoria,

<sup>551</sup> La Resolución analiza el criterio denominado de “estabilidad en el empleo” consistente en la “conversión de todos los contratos temporales de todas las personas trabajadoras afectas a la prestación del servicio en indefinidos o compromiso de mantener la totalidad de los contratos como indefinidos durante toda la ejecución del contrato, si todos los contratos suscritos por la entidad licitadora ya son indefinidos: 5 puntos si se ofrece la mejora. 0 puntos si no se ofrece. Las entidades licitadoras indicarán cuál de las dos opciones ofrecen de las dos posibles, puntuadas ambas con 5 puntos y siendo alternativas.”

<sup>552</sup> La Resolución, recoge la Sentencia, de 6 de octubre de 2003, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid, cuyo Fundamento de Derecho Tercero señala: “Así la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia a que alude la actora que tienen una base personal relevante, y en definitiva pueden perfectamente ser valorados por la Administración a la hora de determinar la oferta más ventajosa para los intereses públicos y no exclusivamente por constituir una manifestación o instrumento del cumplimiento de objetivos sociales o de empleo asumidos y fomentados por la Administración. Ha de entenderse por ello, que una determinada estabilidad de la plantilla de una empresa valorada mediante una ponderación prudente de la baremación total de una oferta (20% en el caso del Decreto impugnado) no puede calificarse como criterio ajeno a los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación de un contrato ni ser calificado de invalorable o susceptible de aplicación arbitraria.”

<sup>553</sup> El TACP analiza un criterio de adjudicación titulado “Estabilidad en el Empleo: de 0 a 20 puntos”, consistente en valorar la mayor cantidad de fijos en la empresa licitadora de los trabajadores presentados para el servicio. El Tribunal considera que “no es necesario que las mejoras en la calidad del empleo deban repercutir en la marcha de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, basta que se refieran a aspectos influyentes del proceso de la prestación para que adquieran la nota de vinculación con su objeto. En el caso que nos ocupa, además, estamos ante un contrato basado en la mano de obra, para cuya valoración se atiende a la estabilidad del empleo y formación a los trabajadores en materia de riesgos laborales criterios recogidos textualmente en el artículo 145.2.”. Y a la vista de lo expuesto, lo considera conforme a derecho.

<sup>554</sup> En la Resolución se impugnan los criterios 5º y 6º, consistentes, respectivamente, en la valoración, con un máximo de cinco puntos a las empresas que presenten el compromiso de cubrir las sustituciones del personal indefinido con la ampliación de los contratos del propio personal subrogado, y en la valoración, con la misma puntuación, a las empresas que en el momento en que se produzca una vacante en la plantilla, se oferte al resto de la plantilla que tenga jornada parcial. El Tribunal, afirma que las dos mejoras sociales no tienen cabida en el Considerando núm. 99 de la Directiva 2014/24/UE, “pues no tienen por objeto proteger la salud

como fórmula de estabilidad en el empleo, es inapreciable por falta de vinculación al objeto del contrato (TARC de la Junta de Andalucía, Resolución 241/2019, de 23 de julio)<sup>555</sup>; o que la valoración de empleados fijos-indefinidos genéricamente en la empresa nada tiene que ver con el objeto del contrato, al considerar a todo el personal de la empresa, ajenos o no a la oferta presentada, razonamiento, en este caso, que asumimos plenamente (RTACRC, 632/2018, de 29 de junio)<sup>556</sup>.

Continúa, como vemos, ese doble enfoque entre los Tribunales de Madrid y Central, utilizando la vinculación al objeto del contrato para valorar positivamente o no el criterio de adjudicación; en un caso porque afecta a la calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada y, en otro caso, porque la característica social estudiada nada tiene que ver con las mejoras sociales del Considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE, esto es, *“proteger la salud del personal que participa en la ejecución del contrato, ni favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables, ni ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate”*. Y ello, pese a que en este último caso, como ya hemos dicho, según expresa el Considerando 92 de la citada Directiva, ésta incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación. No resulta significativa la Resolución del Tribunal de Andalucía, pues aunque la subrogación obligatoria podría tratarse como una

*del personal que participa en la ejecución del contrato, ni favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables, ni ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate.”*, tampoco se hallan vinculados con el objeto del contrato, y los considera discriminatorios y susceptibles de crear desigualdades y distorsiones entre los licitadores, ya que no repercuten en una mejor prestación, constituyendo únicamente ventaja para la estabilidad de los trabajadores que ya se encuentran en la plantilla de la empresa licitadora.

<sup>555</sup> El Tribunal analiza en primer lugar la procedencia de incluir en el PCAP, como criterio de adjudicación, la subrogación obligatoria, recordando su propia doctrina, que señala *“que la obligación de subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista sucede a otro, no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos vigentes en el sector de actividad de que se trate como expresamente se recoge en el primer párrafo del citado artículo 130.1 de la nueva LCSP.”*, y concluye que son las normas laborales las llamadas a establecer la subrogación y no la legislación contractual, no siendo posible considerar la mejora como criterio de adjudicación, sin que pueda apreciarse su vinculación al objeto del contrato.

<sup>556</sup> La Resolución revisa y anula la cláusula del pliego que prevé como criterio de adjudicación la valoración con hasta 10 puntos del número de empleados fijos-indefinidos en la empresa.

característica de la estabilidad, por continuidad en el empleo, no es posible contemplarla, dadas las restricciones de la propia LCSP 2017.

Una vez más, nos alineamos con el Tribunal de Madrid, por las mismas razones expresadas en el tratamiento de la característica social anterior, de vinculación al objeto del contrato, capaz de producir un mayor rendimiento en la ejecución, sino económico enteramente, sí social, y por ende también económico, ligado a la productividad y mayor calidad de la prestación, especialmente en contratos con mano de obra intensiva, sin duda derivadas de la mayor motivación que transmite un empleo estable, siempre que sean medidas proporcionadas y debidamente justificadas para paliar carencias estructurales del sector correspondiente.

#### 8) La contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato

Finalmente, nos ocupamos del tercero de los criterios que mayor dificultad presentan en su vinculación al objeto del contrato, por su lejanía también con los ejemplos citados del Considerando 99 de la Directiva, pese a tratarse, como hemos dicho, de un listado no exhaustivo, según aprecia el también Considerando 92 de la misma.

Como característica social, cuando actúa como criterio de adjudicación, se refiere a la mejora que supone la mayor empleabilidad que es capaz de asumir la ejecución del contrato. Ahora bien, el mayor índice de empleabilidad, en contratos de mano de obra intensiva, siendo bueno *per se*, por la generación de empleo que conlleva, puede integrar un alto índice de ineficiencia. Y es aquí donde surge el problema. El presupuesto base de licitación ha de ser adecuado, como establece el artículo 100 de la LCSP 2017, a los precios de mercado, y estos no toleran desequilibrios o desperdicios por ineficiencias en la ponderación mano de obra y mecanización como factores integrantes de la producción, comercialización o prestación de las obras, suministros o servicios. De ahí que, a salvo de algunos ejemplos pretéritos, como los fondos

FEIL<sup>557</sup>, regulados por Ley, en el marco de una profunda crisis económica y de empleo, no sea posible sustituir uno de los factores citados, como la mecanización por mano de obra sin alterar el presupuesto base de licitación, generalmente al alza, sobre la pretendida finalidad de fomentar empleo en el marco del contrato. Porque ello sería contrario a los principios de libre competencia, no discriminación e igualdad de trato, y a la posibilidad de obtener la oferta económicamente más ventajosa, tal y como establece el artículo 67 de la Directiva y el primero de la LCSP 2017.

Sin embargo, el concepto de una mayor empleabilidad, también resulta de aplicación cuando de lo que se trata es de un mayor número de unidades de tiempo de trabajo, que no necesariamente de más trabajadores, sino de mayor tiempo de trabajo dedicado por parte de trabajadores que no disponen de una jornada a tiempo completo, lo que nos hace adentrarnos, de nuevo, en otra característica vista, como es la mayor estabilidad en el empleo. Es así como lo enfoca la Resolución del TACRC 993/2019, de 6 de septiembre de 2019, en la que se analiza un criterio de adjudicación consistente en “una bolsa de horas de libre disposición anuales (máximo 25 puntos)”, prevista, como alega el órgano de contratación *“para reforzar el servicio en momentos de aglomeraciones o cuando circunstancias especiales exigen una mayor presencia de elementos de seguridad”*. El Tribunal, con cita del art. 145.2.1º, que se refiere entre los posibles criterios cualitativos, a la *“contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato”*, afirma que se trata de una circunstancia que contribuye a la calidad de servicio prestado y, por tanto desestima el motivo de recurso, por encontrarse vinculado con la calidad de la prestación.

Un poco antes el mismo Tribunal, en su Resolución 967/2018, de 19 de octubre, al examinar un criterio de adjudicación similar (Bolsa de horas

<sup>557</sup> Fondo estatal de inversión local (FEIL), creado por Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, en el marco del Plan Español para el estímulo de la economía y del empleo (Plan E). Se dotó con 8.000 millones de euros, y tenía el propósito *“de favorecer aquellas inversiones que contribuyesen a dinamizar a corto plazo la actividad económica, influyendo directamente en la creación de empleo”*.

extraordinarias como refuerzo de atención al público que accede a los inmuebles objeto del contrato en períodos de máxima afluencia), argumenta que: *“desde el punto de vista social, el empleo de la bolsa de horas extraordinarias deriva en la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato, favoreciendo además la posibilidad de la inserción socio-laboral de los colectivos que pudieran realizar las funciones propias del Servicio de Seguridad, sin olvidar la posibilidad que la empresa adjudicataria tendría, en su caso, para completar la jornada laboral de otros trabajadores propios.”*. Y añade el Tribunal, *“el disponer de una bolsa de horas extraordinarias permite cubrir las necesidades del contrato con una mayor seguridad y calidad, haciendo frente a situaciones de aglomeración de personas en determinados períodos y garantizando siempre una mayor seguridad y orden, lo que sin duda repercute en una mejor calidad y seguridad del servicio prestado a los ciudadanos que acuden a las Oficinas de Hacienda sobre todo en determinados períodos.”*

Tiene lógica la formulación del Tribunal Central, pues su consideración sobre esta característica social no parece optar por la creación de empleo, pues ya hemos visto como matizaba la mayor contratación de personas con discapacidad<sup>558</sup>, sino por el lado de la ventaja económica que supone una mayor cantidad de prestación al mismo precio, distribuida según necesidades de la ejecución, lo que sin duda ofrece una ventaja económica o un mayor rendimiento del contrato, asociado a necesidades puntuales y derivadas de la dinámica propia de la actividad, estacional o extraordinaria.

No obstante, esta visión concreta del *Central*, podría verse ampliada en su Resolución 196/2019 de 8 de marzo, pues indirectamente valida un criterio de adjudicación consistente en la valoración, con un máximo de 20 puntos, del mayor número de empleados sobre el mínimo requerido, así como la mayor

<sup>558</sup> En la Resolución núm. 996/2019 de 6 de septiembre, considera que el compromiso de tener a la fecha de finalización del plazo de presentación de las proposiciones y de mantener a lo largo de la vigencia del contrato en la plantilla del licitador un mayor número de personas con discapacidad, no sirve para medir el rendimiento de la oferta, máxime cuando se predica de la totalidad de los trabajadores de la empresa, y no de los ligados a su ejecución.



dedicación horas/semana de los tres empleados exigidos como mínimo. El Tribunal revisa la proposición de una de las licitadoras porque la mesa de contratación no ha tenido en cuenta la valoración correspondiente a la oferta de un mayor número de empleados y de dedicación horas/semana; y declara incorrecta la inicial valoración que determinaba la adjudicación a otra empresa, procediendo la anulación de la misma. En la misma línea, el TACP de Madrid, en su Resolución 141/2018, de 9 de mayo de 2018, al analizar un criterio de adjudicación denominado “Composición del equipo”, en el que se asigna un máximo de 6 puntos a la proposición con el mayor número de personas dedicadas a la validación de datos y realización de informes, así como las dedicadas al mantenimiento, calibración y verificación de equipos; acepta, de un modo indirecto, la valoración del mayor número de empleados sobre el exigido en la adscripción de medios.

Un breve recorrido por las Guías citadas en el apartado anterior, sirve para advertir de su tratamiento como *“compromiso de contratar para la ejecución del contrato a un mayor número de mujeres en puestos de responsabilidad”*<sup>559</sup>, o *“compromiso de contratar para la ejecución del contrato a un mayor número de mujeres, siempre que sea superior al establecido como condición de ejecución y siempre que el porcentaje sobre el total de la plantilla sea al menos cinco puntos superior al porcentaje medio recogido por género y rama de actividad en la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística para el sector correspondiente”*<sup>560</sup>, también como compromiso de emplear a un mayor número de personas con discapacidad o con dificultad para acceder al mercado laboral, siempre que, en ambos casos, se supere el porcentaje mínimo previsto como condición especial de ejecución<sup>561</sup>, e igualmente para contratar un mayor número de personas con discapacidad, siempre que el porcentaje sea superior al 5%<sup>562</sup>.

<sup>559</sup> DIPUTACIÓN FORAL DE GUIPÚZKOA, *Guía práctica para la aplicación de cláusulas sociales en los contratos públicos*

<sup>560</sup> *La Guía Práctica para la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación y en subvenciones de la Generalitat y su sector público.*

<sup>561</sup> *Guía Práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública.*

<sup>562</sup> FORÉTICA. Las claves de la compra pública responsable.

Finalmente, del estudio de esta característica se colige que presenta tres enfoques diferentes: de un lado el previsto y comentado más arriba por el Tribunal Central, reconducido a ventaja económica, otro más acorde con la finalidad social de creación de empleo, como es la mayor empleabilidad dada en los fondos de inversión local de los años 2008 y 2009, en los que el grado de mecanización se supeditaba al empleo neto conseguido, y un tercer enfoque que fomenta la igualdad entre mujeres y hombres, valorando un mayor número de mujeres en puestos directivos o de responsabilidad.

A salvo del ejemplo de los Fondos de inversión, cuya consideración estimamos que debe hacerse mediante Ley, como medida paliativa ante situaciones graves de crisis económica; el resto, tanto si lo consideramos como ventaja económica, fácilmente traducible en unidades de tiempo respecto de las cuales corresponderá al licitador distribuir el esfuerzo económico de su oferta en este criterio, como si lo consideramos como finalidad promotora de igualdad, empoderando a la mujer en puestos inusuales, como los directivos; son compatibles con los postulados que venimos manteniendo de vinculación al objeto del contrato, proporcionalidad, rendimiento social, igualdad de trato y no discriminación.

#### 9) La formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo

Menores dudas sobre la vinculación al objeto del contrato, presentan estas dos finalidades sociales, sobre las que la doctrina de los TARC se ha pronunciado con unánime aceptación, por cuanto aparecen claramente delimitadas en el Considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE, a menudo objeto de análisis precisamente, para negar características sociales no alineadas con la vulnerabilidad de determinados colectivos de trabajadores, o con la formación y la protección de la salud de las personas asignadas a la ejecución del contrato, como hemos visto en los apartados anteriores.

Como viene siendo habitual en el estudio que realizamos sobre estos criterios de adjudicación de corte social, la LCSP 2017, únicamente los enumera en su

artículo 145.2.1º, razón por la cual analizaremos el tratamiento de los mismos según la doctrina de los TARCs.

Parece inequívoca la relación entre la mejora de la formación de los trabajadores adscritos a la prestación y la calidad de servicio (TACP de Madrid, 16/2016, de 3 de febrero<sup>563</sup> y 224/2016, de 26 octubre<sup>564</sup>); valorando la indicación de contenidos y programación (RTACRC, 80/2019, de 1 de febrero)<sup>565</sup>.

En el ámbito de la protección de la salud y seguridad en el trabajo, los TARCs se han pronunciado sobre distintos aspectos, entre ellos sobre la improcedencia de tener en cuenta certificados como criterio de adjudicación (RTACRC 996/2019, de 6 de septiembre<sup>566</sup>), y sobre la imposibilidad de

<sup>563</sup> La Resolución analiza el criterio de adjudicación “Criterios Sociales”, en el que se integra el subcriterio, valorado con hasta 10 puntos, relativo al Plan de Formación continua en materia de seguridad, dirigido a los vigilantes que realicen la prestación del contrato y que suponga una mejora de las horas establecidas como mínimo en el Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad. El Tribunal considera *“que una mejor formación de los vigilantes ha de redundar en una mayor calidad del servicio y su prestación a los usuarios, siendo un criterio de valoración en un gran número de contratos de servicios, por lo que además de ser admisible el criterio por los mismos motivos que en el caso del criterio que acabamos de examinar, permite considerar la existencia de un influencia en la calidad del servicio.”*, frente al parecer de la recurrente, que contempla el criterio como una condición especial de ejecución.

<sup>564</sup> La Resolución examina el criterio de adjudicación consistente en el otorgamiento de 6 puntos al *“plan de formación continua del personal adscrito al contrato y centro de formación acreditado”*, siendo condición imprescindible para poder evaluar esta mejora relativa a las *“mejoras técnico económicas”* que se incluyan los programas de formación, calendarios y fichas técnicas de las acciones formativas. El Tribunal, aduce que un plan de formación continua para el personal adscrito al servicio *“puede resultar un criterio útil de valoración en tanto que contribuye a la mejora de la calidad del servicio contratado, si bien dichas acciones formativas se podrán impartir con medios propios o ajenos, siempre que en todo caso se realice por empresas especializadas a las que en todo caso se podrá exigir una determinada acreditación”*; sin embargo, estima el recurso, no porque el criterio de adjudicación no esté vinculado al objeto del contrato, sino porque resulta *“excesiva e improcedente”* la valoración de que sea la propia empresa licitadora un centro de formación profesional para el empleo y ello porque no es el objeto del contrato, y la finalidad que se persigue puede alcanzarse por medios menos restrictivos de la competencia.

<sup>565</sup> En la Resolución se examina un criterio de adjudicación denominado “Plan de formación”, valorado con hasta 10 puntos, y se dice en el PCAP que *“La justificación concreta de la elección de este criterio viene motivada por mejorar la calidad del contrato de conformidad con el art. 145 de la vigente ley LCSP. Se valorará la indicación de contenidos y programación, duración y fechas de ejecución de los mismos.”* El Tribunal manifiesta que la valoración se ha ajustado a los Pliegos, habiéndose tenido en cuenta las horas de formación, identificación de necesidades formativas, competencias a desarrollar, objetivos y capacidades del plan, metodología, materiales y recursos didácticos, etc.; y desestima la alegación de la parte actora.

<sup>566</sup> Resolución en la que se estudia el recurso interpuesto contra un criterio de adjudicación consistente en la valoración, con hasta 20 puntos, de diversas certificaciones ISO, ENS, y OHSAS, por la improcedencia de configurar certificados como criterio de adjudicación, y tratarse

apreciar la relación entre prestaciones que constituyen el objeto del contrato y la implantación de las medidas de salud y seguridad en el trabajo<sup>567</sup>, acreditadas mediante certificados que se remiten a las características de la empresa y no de la oferta, pese al cambio de doctrina expresada por el Tribunal en su Resolución 786/2019, de 11 de julio (RTACRC 1350/2019, de 25 de noviembre).

Se confirma, como decíamos, en el caso de la formación, esta menor dificultad en la vinculación del criterio al objeto del contrato, porque fácilmente se colige su alineación con la calidad intrínseca de la prestación, afectando directamente al mejor rendimiento de la oferta y a su mayor calidad prestacional. Podrían utilizarse idénticos razonamientos para el supuesto de protección de la seguridad y salud en el trabajo, aunque los Tribunales, en este caso, el Central, se ha detenido en un aspecto que presenta especial dificultad en su valoración, como es la certificación OSHAS, pese al giro dado en su doctrina. Aspecto, que no presenta relación, al menos no directa, con el objeto del contrato, y que ha sido analizado al tratar de las características sociales en la fase de solvencia.

de modos de acreditar la solvencia técnica de las empresas, también por la falta de vinculación al objeto del contrato. El Tribunal, manifiesta que el órgano de contratación tiene libertad para decidir si las medidas para garantizar la ejecución de los contratos las introduce como criterio de solvencia, de adjudicación, o como condición especial de ejecución, siempre que se relacionen con el objeto del contrato. Pero también señala, que el distintivo de calidad ISO 9001, se refiere a la empresa en su conjunto, carece de directa relación con el objeto del contrato, y no sirve para medir el rendimiento de la oferta, ya que se predica de la totalidad de los trabajadores de la empresa y no de los ligados, directa o indirectamente a su ejecución. Por ello, estima el recurso y anula el criterio de adjudicación.

<sup>567</sup> El Fundamento de Derecho Sexto, dice: *“tal y como indicamos en la Resolución 456 y 786/2019, el Tribunal carece de los conocimientos técnicos suficientes para resolver en qué medida los sistemas de calidad, gestión, medioambientales o de salud en el trabajo que tenga implantados la empresa incidirán en la prestación concreta que es objeto del contrato de servicios que se pretende contratar, pero esta justificación debería haber sido incluida en el expediente, tal y como resulta exigible en el artículo 116 de la LCSP. La falta de motivación del vínculo entre los citados sistemas y el objeto del contrato, por sí sola, produce la infracción de la norma, determinando la anulación del criterio de adjudicación conforme al artículo 40 de la LCSP. Además, no es posible apreciar la relación entre las prestaciones que tiene por objeto el contrato de vigilancia y la implantación de las medidas de gestión de calidad, ambientales y de salud y seguridad en el trabajo, por lo que se infringe el artículo 145 de la LCSP, llevando consigo la anulación del criterio de adjudicación definido en la cláusula 9.2.5 del PCAP, de acuerdo con el artículo 40 de la LCSP.”*

## **2.2. Criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.**

Recordemos, que la Organización Mundial del Comercio Justo (WFTO) define éste, como *“un sistema comercial basado en el diálogo, la transparencia y el respeto, que busca una mayor equidad en el comercio internacional prestando especial atención a criterios sociales y medioambientales. Contribuye al desarrollo sostenible ofreciendo mejores condiciones comerciales y asegurando los derechos de productores/as y trabajadores/as desfavorecidos, especialmente en el Sur”*. Por su parte, la FINE, acrónimo de las cuatro redes internacionales de Comercio Justo más importantes: FLO, IFAT, NEWS! y EFTA<sup>568</sup>, constituida para compartir información y coordinar sus actividades e incrementar la calidad y eficiencia de los sistemas de monitoreo del Comercio Justo, lo define en la Carta de los Principios del Comercio Justo<sup>569</sup> de 2009, como *“una relación de intercambio comercial, basada en el diálogo, la transparencia y el respeto, que busca una mayor equidad en el comercio internacional. Contribuye al desarrollo sostenible ofreciendo mejores condiciones comerciales y asegurando los derechos de los pequeños productores y trabajadores marginados, especialmente los del Sur. Las Organizaciones de Comercio Justo, apoyadas por los consumidores, están activamente comprometidas en apoyar a los productores, sensibilizar y desarrollar campañas para conseguir cambios en las reglas y prácticas del comercio internacional convencional.”*

Recordemos, igualmente, cuanto se ha dicho en el Capítulo IV.11. sobre la difícil vinculación al objeto del contrato de los criterios de adjudicación y, especialmente, la diferente interpretación que hemos mantenido, frente al TACRC sobre lo que debe entenderse por *“formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas”*, al

<sup>568</sup> FLO (Fairtrade Labelling Organizations Internacional-Organización Internacional del etiquetado de Comercio Justo), IFAT (International Federation for Alternative Trade-Federación Internacional de Comercio Alternativo), NEWS (Network of European World Shops-Red Europea de Tiendas Mundo) y EFTA (European Fair Trade Association-Asociación Europea de Comercio Justo)

<sup>569</sup> World Fair Trade Organization y Fairtrade Labelling Organizations International. 2009

considerar aquél que esta expresión se refiere al nivel mínimo establecido por la normativa de aplicación, como en el caso de los salarios, al mínimo interprofesional, o al fijado en el convenio de empresa o en el colectivo sectorial de aplicación; y nosotros que la combinación de factores productivos, especialmente cuando nos referimos a personas vulnerables, da lugar a formas de producción más sostenibles y justas, en el marco de un sistema comercial más equitativo.

Pues bien, primero analicemos de qué se trata cuando nos referimos a un comercio más equitativo en el ámbito de estudio. La Directiva 2014/24/UE, en su Considerando 97, tiene en cuenta la Jurisprudencia del TJUE, para incluir entre los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato, el suministro o la utilización de productos basados en un comercio equitativo, durante la fase de ejecución del contrato a adjudicar, y cita como ejemplo la procedencia del comercio justo, incluyendo el requisito de pagar un precio mínimo y una prima a los productores. Y la LCSP 2017, cita el criterio que encabeza este apartado en su artículo 145.2.1º como una finalidad social, en cuyo marco, podrán tenerse en cuenta diversas características sociales. Si bien, esta parquedad conceptual se ve, de algún modo, complementada con el apartado V del Preámbulo, cuando el legislador al referirse a las consideraciones de tipo social que se han tenido en cuenta, incide en el respeto a los derechos humanos y, en especial, dice, *“hacia los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras y de los pequeños productores de países en vías de desarrollo, se introduce la posibilidad de que tanto los criterios de adjudicación como las condiciones especiales de ejecución incorporen aspectos sociales del proceso de producción y comercialización [...] y en especial podrá exigirse que dicho proceso cumpla los principios de comercio justo que establece la Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo*<sup>570</sup>, en su apartado 2.

<sup>570</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo (2005/2245(INI)) P6\_TA(2006)0320

Estos principios no son otros que los definidos por la Organización Mundial del Comercio Justo:

Principio 1. Creación de Oportunidades para Productores en Desventaja Económica

Principio 2. Transparencia y Responsabilidad – Rendición de cuentas

Principio 3. Prácticas Comerciales Justas

Principio 4. Pago de un Precio Justo

Principio 5. No al Trabajo Infantil y al Trabajo Forzoso

Principio 6. Compromiso con la No Discriminación, la Igualdad de Género y el Empoderamiento Económico de la mujer y la Libertad de Asociación.

Principio 7. Garantizar buenas condiciones de trabajo

Principio 8. Desarrollo de Capacidades

Principio 9. Promoción del Comercio Justo

Principio 10. Respeto por el Medio Ambiente

que el Parlamento Europeo concreta en el respeto del desarrollo sostenible y el reforzamiento de normas sociales y medioambientales que tienen en común (Considerando B), *“la ambición de ofrecer, vender y promocionar productos que cumplen determinados criterios sociales, medioambientales y de desarrollo.”* La Resolución del Parlamento plantea como objetivos los de proporcionar oportunidades de desarrollo a pequeños productores y trabajadores de países en desarrollo, y orientar al sistema de comercio internacional y a empresas privadas hacia un comportamiento justo, que favorezca el desarrollo sostenible.

El Parlamento insta a la Comisión a aprobar una recomendación sobre el comercio justo en la que se reconozca que un acto legislativo no vinculante sería la forma de acto adecuada en ese momento para su implantación y concienciación, contribuyendo al reforzamiento de las normas sociales y medioambientales, como herramientas útiles para lograr que las empresas sean responsables socialmente. Merecen destacarse sus pedimentos 2, relativo a los criterios que debe cumplir el comercio justo para eliminar el riesgo de abusos<sup>571</sup>, y 22, para que las autoridades públicas europeas

<sup>571</sup> Criterios definidos por el movimiento a favor del comercio justo en Europa de la siguiente manera: a) *un precio justo al productor, que garantice unos ingresos justos y que permita cubrir*

integren criterios de comercio justo en sus licitaciones públicas y sus políticas de compra, y pide a la Comisión que favorezca esta práctica con directrices para la compra de productos de comercio justo, entre otros medios. Petición que se refuerza con la Resolución de 6 de febrero de 2013<sup>572</sup>, en la que reconoce el papel de la contratación pública en la promoción de prácticas de RSE, y entre ellas el comercio justo, para incentivar a las empresas y subcontratistas a incrementar su responsabilidad social, garantizando la igualdad de condiciones basada en un salario justo y en unas condiciones de trabajo dignas.

La Comisión Europea responde al Parlamento con la aprobación de la Comunicación *“Contribución al desarrollo sostenible: el papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial.”*<sup>573</sup>. La Comunicación detalla la evolución relativa al comercio justo desde 1999 y sugiere medidas a distintos actores implicados para promocionar este tipo de comercio. Señala como puntos clave los criterios de comercio justo, ya avanzados, y por lo que a esta Memoria interesa, sugiere

*unos costes sostenibles de producción y los costes de subsistencia; este precio debe igualar, por lo menos, al precio y la prima mínimos definidos por las asociaciones internacionales de comercio justo, b) parte del pago se debe efectuar por adelantado, si el productor así lo solicita, c) una relación estable y a largo plazo con los productores, así como la intervención de éstos en el establecimiento de normas de comercio justo, d) transparencia y rastreabilidad en toda la cadena de abastecimiento, a fin de garantizar una información adecuada al consumidor, e) unas condiciones de producción que respeten los ocho convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), f) el respeto del medio ambiente, la protección de los derechos humanos, en particular de los derechos de las mujeres y los niños, así como el respeto de los métodos de producción tradicionales que favorezcan el desarrollo económico y social, g) programas de desarrollo de capacidades y capacitación para los productores, en especial para los pequeños productores marginales de los países en desarrollo, para sus organizaciones y para sus respectivas comunidades, a fin de garantizar la sostenibilidad del comercio justo, h) el respaldo a la producción y la entrada al mercado de las organizaciones de productores, i) actividades de sensibilización sobre la producción y las relaciones comerciales en el marco del comercio justo, su misión y sus objetivos, y sobre la injusticia reinante en las normas del comercio internacional, j) el seguimiento y la verificación del cumplimiento de estos criterios, en cuyo marco debe corresponder un importante papel a las organizaciones del hemisferio sur, con miras a una reducción de costes y una mayor participación de las mismas en el proceso de certificación, k) evaluaciones de impacto periódicas sobre las actividades relacionadas con el comercio justo;*  
<sup>572</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre la responsabilidad social de las empresas: promover los intereses de la sociedad y un camino hacia la recuperación sostenible e integradora (2012/2097(INI))

<sup>573</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo *“Contribución al desarrollo sostenible: el papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial.”*. COM (2009) 215 final.



a los licitadores de contratación pública que tengan en cuenta la etiqueta de comercio justo al solicitar mercancías y servicios sostenibles.

A la contratación pública dedica su apartado 4.3., indicando que si:

*“Un órgano de contratación tiene intención de comprar mercancías de comercio justo, puede definir en las especificaciones técnicas de las mercancías los criterios de sostenibilidad pertinentes, que deben ir unidos al objeto del contrato y cumplir las demás normas pertinentes de contratación pública de la UE, incluidos los principios básicos de igualdad de trato y transparencia. Estos criterios deben referirse a las características o a la función de los productos (por ejemplo, cristales fabricados con material reciclado) o al proceso de producción de los mismos (por ejemplo, ecológico).”.*

El ejecutivo comunitario subraya en sus conclusiones el interés de proporcionar orientaciones a los organismos de contratación pública, para que sus decisiones contribuyan al desarrollo sostenible, y que solo debe utilizar criterios vinculados al objeto del contrato, permitiendo a los licitadores demostrar el cumplimiento de las normas y criterios utilizando etiquetas de Comercio Justo u otros justificantes.

Con posterioridad la Comisión presenta dos Comunicaciones adicionales<sup>574</sup>, en la primera de las cuales se destaca un comercio más abierto para el crecimiento económico, la posibilidad de elección del consumidor y la creación de empleo. Y en la segunda la mejora de la sinergia entre las políticas de comercio y desarrollo, para crear unas mejores condiciones para el comercio y la inversión en los países en desarrollo.

<sup>574</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Comercio, crecimiento y asuntos mundiales. La política comercial como elemento fundamental de la Estrategia 2020 de la UE {SEC(2010) 1268} {SEC(2010) 1269}. COM(2010) 612 final.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Comercio, crecimiento y desarrollo. Una política de comercio e inversión a medida para los países más necesitados {SEC(2012) 87 final}. COM (2012) 22 final.

Pues bien, recuperando el “sentir” impregnado en esta Memoria, y como bien señala Teresa MEDINA ARNÁIZ<sup>575</sup>, cubierta la función principal del contrato, esto es, garantizada la máxima rentabilidad en el uso de los fondos públicos, satisfecha la necesidad de tipo funcional de su objeto, *“las compras públicas pueden favorecer también el cumplimiento de objetivos de carácter horizontal y no comercial, orientando y afianzando comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente estén conectados con la directa satisfacción funcional del órgano de contratación. En este sentido, el fomento de los principios del comercio justo en la contratación pública es uno de los ejemplos objetivos secundarios conectados directamente con el concepto de «compra ética»”*.

En este último aspecto, que nosotros venimos calificando de beneficios indirectos para el órgano de contratación, en la fase de adjudicación que desarrollamos, conviene traer a colación la Sentencia del TJUE, Comisión c. Países Bajos, de 10 de mayo de 2012 (C-368/10)<sup>576</sup>, ya comentada al analizar la evaluación de la calidad intrínseca de las ofertas, en el Capítulo IV.5. Por lo que ahora interesa, el Tribunal manifiesta que la provincia de Holanda Septentrional, entidad convocante, formuló criterios de adjudicación incompatibles con el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18/CE<sup>577</sup>, al establecer que *“algunos productos que debían suministrarse estuvieran provistos de determinadas etiquetas daría lugar a la concesión de un determinado número de puntos en el marco de la selección de la oferta económicamente más ventajosa, sin haber indicado los criterios en que se basan esas etiquetas ni autorizado que se presentara a través de cualquier medio adecuado la prueba de que un producto reunía esos criterios.”*

<sup>575</sup> MEDINA ARNÁIZ, T., “Comercio justo y contratación pública” del libro *Contratación Pública Estratégica*, Director: PERNAS GARCÍA, J.José, Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona 2013. Págs. 249-281.

<sup>576</sup> Contrato público de suministro y mantenimiento de máquinas expendedoras de café, licitado por la provincia de Holanda Septentrional, publicado en el DOUE, de 16 de agosto de 2008.

<sup>577</sup> Distintos criterios vinculados al objeto del contrato, como por ejemplo: *“la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución.”*

El TJUE no se cuestiona la pertinencia del establecimiento de características sociales como las previstas en el contrato, y en el caso que comentamos, relativas a los ingredientes del té o café objeto de un suministro procedente de producción ecológica y del comercio justo<sup>578</sup>, que considera vinculados al objeto del contrato, porque se refiere a los ingredientes que se suministran en el marco del mismo; sino a la exigencia de las etiquetas EKO o MAX HAVELAAR, que no se refieren a los propios productos que se suministren, sino a la política general de los licitadores, quebrando las exigencias de claridad y objetividad que incumben a los poderes adjudicadores, al no haber indicado los criterios en que se basan esas etiquetas, ni autorizado que se presentara a través de cualquier otro medio adecuado la prueba de que un producto reúne esos criterios.

Como dice Teresa MEDINA, la jurisprudencia del TJUE ha contribuido a vencer las resistencias de los poderes adjudicadores a utilizar los procedimientos de selección como instrumentos al servicio de objetivos generales, si bien, recordando ese equilibrio, que venimos comentando, entre los objetivos o beneficios sociales y los principios de igualdad de trato, transparencia y no discriminación y eficiencia económica y social. Parece como si ninguno de los actores implicados en los procesos de gestión de la compra pública, se planteasen con cierta coherencia responsable un análisis de oportunidad sobre las mejores alternativas a valorar y que, de nuevo, traemos a colación, sobre ¿cómo saber si el euro socio-responsable de la contratación pública, aplicado mediante un criterio de adjudicación que valore

<sup>578</sup> La Abogado General, en el punto 110 de sus conclusiones, había dicho que: “no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste. De este modo, el Tribunal de Justicia ha declarado, en el apartado 34 de la sentencia EVN y Wienstrom, antes citada, que la normativa de la Unión en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, en el marco de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio de adjudicación consistente en exigir que la electricidad se genere a partir de fuentes de energía renovables. Por tanto, nada se opone, en principio, a que dicho criterio se refiera al hecho de que un producto proceda del comercio justo.”

La Comisión Europea, según señala la Abogado General, en el punto 38 de sus conclusiones, ha reconocido expresamente que los poderes adjudicadores pueden celebrar contratos públicos de suministro cuyo objeto sea la adquisición de productos biológicos y de comercio justo.

la característica social de comercio justo resulta más rentable y mejor gastado, que el euro transferencial (subvención) de las políticas directas?<sup>579</sup>.

De la doctrina emanada de los TARC, merece destacarse el TACP de Madrid, pero no por haberse pronunciado sobre la casuística que presentan los criterios de adjudicación relativos al comercio justo, sino por hacerse eco de la paradigmática STJUE de 10 de mayo de 2012, en la extrapolación de la importante doctrina que sienta sobre que no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, lo que le sirve para justificar la consideración de características sociales incorporadas como criterios de adjudicación, ya sean incrementos salariales o mejora de condiciones de trabajo.<sup>580</sup>

<sup>579</sup> Véase en este sentido, CHICANO JÁVEGA, Enriqueta, RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio Ramón, “Las cláusulas sociales en la contratación pública ...”, págs. 113-134. Comentan los autores que: *“El intentar llevar a cabo políticas de cierta naturaleza a través de instrumentos que no le son propios no es una buena técnica de gestión, aunque sólo sea porque impide conocer los efectos de los mismos. Al igual que en los beneficios fiscales se desconoce sus efectos sobre la actividad que se trata de fomentar, dado que no se establecen unos indicadores ni una obligatoriedad de llevar a cabo la actividad, si se adjudica un contrato para adquirir una maquina vendedora que debe expedir café de comercio justo (por tomar un ejemplo conocido) sabemos que el contrato ha resultado más caro que si fuera de otro tipo de café, aunque no sabemos cuánto más caro y creemos haber fomentado el comercio justo, pero no sabremos ni cuanto ni por que coste comparativo en relación con una subvención que hubiésemos concedido para la misma finalidad.”*

<sup>580</sup> Así, entre ellas, RTACP 40/2018, de 31 de enero: *“La anteriormente mencionada STJUE de 10 de mayo de 2012, Comisión-Países Bajos, asunto 368/10, admite la exigencia de etiquetas ecológicas y de comercio justo e introduce una interpretación del derecho de la contratación que supera las concepciones más restrictivas relativas a la vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato (ahora codificada o incorporada en la Directiva 2014/24/UE; RTACP 33/2018, de 24 de enero de 2108: “No es necesario que las mejoras en la calidad del empleo deban repercutir en la marcha de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, basta que se refieran a aspectos influyentes del proceso de la prestación para que adquieran la nota de vinculación con su objeto.”; RTACP 354/2017, de 22 de noviembre: “que permite establecer como criterio de adjudicación un elemento no determinante de la calidad del producto a suministrar, como es su procedencia del comercio justo-, a efectos interpretativos del artículo 150 del TRLCSP, en este contrato concreto, en el que el contenido de los criterios de adjudicación controvertidos no se encuentran incorporados material y específicamente a la prestación pero tienen una evidente repercusión en la calidad de la misma.”; RTACP 331/2017, de 8 de noviembre: “esta misma explicación que en general se admite respecto de los criterios medioambientales o sociales como el comercio justo, cabe predicarla también respecto de otros criterios sociales. No es necesario que las mejoras en la calidad del empleo deban repercutir en la marcha de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, basta que se refieran a aspectos influyentes del proceso de la prestación para que adquieran la nota de vinculación con su objeto.”; RTACP 310/2017, de 2 de noviembre: “a mayor abundamiento, en este tipo de contratos, servicios de limpieza, las condiciones del personal que presta los servicios tienen una importancia significativa en la prestación por lo que es adecuado utilizar criterios sociales como factor de una contratación estratégica. Debe añadirse el carácter público y no discriminatorio de tales criterios tal y como se configuran en el PCAP por lo que nada hay que objetar al contenido de los mismos, de acuerdo con el TRLCSP y su interpretación a la luz de las Directivas y*

Llama la atención la escasa conflictividad que provoca la introducción de características sociales relacionadas con el comercio equitativo o justo, lo que parece compatible con la escasa cuantía, siempre por debajo del umbral comunitario, de este tipo de contratos o de prestaciones complementarias en el marco de un contrato de suministro o de servicios, utilizados para apoyar los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras y de los pequeños productores de países en vías de desarrollo. La práctica, como más adelante comprobaremos, nos habla de su utilización en pequeños contratos de servicios de cafetería prestados sobre la base de infraestructuras públicas, en las que se incluyen como mejora la introducción de una línea de café y productos complementarios.

Algunas Guías han incorporado la referencia al comercio justo, tales como la *Guía Práctica para la Incorporación de Cláusulas Sociales en la Contratación Pública* cuyo capítulo 8, establece como criterio de adjudicación la valoración con hasta 20 puntos de la integración del comercio justo en la propuesta presentada. Si bien, el modelo de valoración, conforme al importe y porcentaje sobre el presupuesto de contratación de productos de este comercio que el licitador se compromete a utilizar, ha provocado algún pronunciamiento en contra de los TARC, concretamente la Resolución 22/2013, de 19 de marzo, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, si bien, no referido a la característica social propiamente considerada, sino a la anticipación del momento de conocimiento de parte de la oferta económica.

*jurisprudencia europea y que además no vulnera la libertad de empresa (Acuerdo del TACPA de 30 de agosto de 2016)”; RTACP 281/2016, de 28 de diciembre, 309/2017, de 25 de octubre, y 17/2017 de 18 de enero: “desde esta concepción, por ejemplo, el considerando 91 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2012, en el Asunto C-368/10, señala que «no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste» concluyendo que «nada se opone, en principio, a que dicho criterio se refiera al hecho de que un producto proceda del comercio justo»; o el Acuerdo 119/2018, de 21 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra: “permite que un criterio de adjudicación valore un aspecto de la prestación no incorporado a sus características físicas [...], siempre que esté vinculado con los concretos bienes objeto del suministro y relacionado con una fase de su ciclo de vida.”*

A esta característica social no son ajenas la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la LCSP 2017, cuyo preámbulo, se refiere a la posibilidad de que las autoridades públicas promuevan el comercio justo, justificándolo en que estas actuaciones permiten influir en el mercado e incentivar a las empresas a desarrollar una gestión socialmente responsable. Contratación responsable de la que, igualmente, se hace eco la Resolución de 8 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan Reincorpora-t.

### **2.3. Los criterios medioambientales**

Nos ocupamos en este apartado de las características medioambientales integradas como criterios de adjudicación. Recordamos, que la metodología de análisis consiste en la definición de la característica, enfoque doctrinal y legal, y validación jurisprudencial, con especial atención a los Tribunales de Recursos Contractuales.

Como quiera que el objetivo de este trabajo de investigación es que pueda ser útil al gestor de la compra pública, sin necesidad de reiterar conceptos, como los requisitos de validez, que son comunes para las finalidades sociales en sentido amplio, y tampoco de realizar un desglose casuístico, que en el caso de estas últimas se justificaba por la dificultad de algunas de sus características; en este apartado llevaremos a cabo un desarrollo común para todos los criterios medioambientales, haciendo hincapié, cuando sea preciso, en algunas de sus singularidades, desde la perspectiva del ahorro, de la eficiencia energética y del ciclo de vida de los productos. No obstante lo cual, recordemos, que fue la sentencia del TJUE *Concordia Bus Finland*, el paradigma de admisión de las cláusulas medioambientales como criterio de adjudicación, valorando la mejora en la baja emisión de gases de óxido de nitrógeno.

La Directiva 2014/24/UE<sup>581</sup>, los contempla en su considerando 92, como criterios cualitativos, en listado no cerrado, que deben permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel del rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal y como se define en las especificaciones técnicas<sup>582</sup>. Paradigma y síntesis de la validez jurídica de los criterios de adjudicación, que presentan una menor dificultad de integración en esta fase del proceso de adjudicación del contrato. Pero, la Directiva no se refiere a criterios concretos de características medioambientales, sino que los incluye entre los aspectos que han de servir para valorar la mejor relación calidad-precio<sup>583</sup>, cuya consecuencia, según apunta Purificación LÓPEZ TOLEDO<sup>584</sup>, es que *“los poderes adjudicadores podrán dar prioridad a aspectos ambientales en las licitaciones, lo que supone un claro avance para que las autoridades públicas tengan en cuenta criterios de sostenibilidad y no sólo el precio más competitivo.”*

Es la norma de transposición, la LCSP 2017, la que sostiene, en su artículo 145.2.1º, que *“Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.”*

<sup>581</sup> Con anterioridad, las Directivas 2004/17 y 18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, habían dado un empuje sobresaliente, a la inclusión de características medioambientales en los contratos.

<sup>582</sup> Antes, en su Considerando núm. 2, había dicho que: *“la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos.”*

<sup>583</sup> Véase en este sentido el Considerando núm. 89 de la Directiva 2014/24/UE

<sup>584</sup> LÓPEZ TOLEDO, Purificación, “La contratación pública verde y su nueva regulación en el derecho de la Unión Europea”.

En la siguiente figura, recordamos la secuencia lógica de la contratación instrumental que venimos manteniendo, para no perder de vista el encaje de estas características medioambientales con los principios del bien común y buena administración, a los que se adscribe la contratación pública, cuando trasciende de la mera provisión de bienes y servicios para las administraciones públicas.

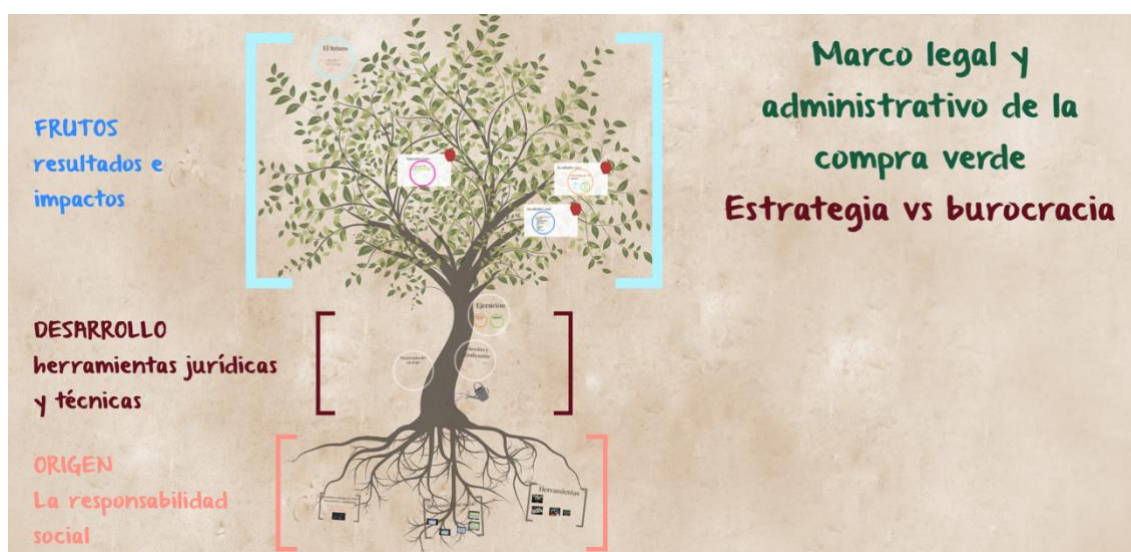


Ilustración 8. Estrategia vs burocracia. Diseño propio sobre plantilla prezi.

La imagen recoge el plano contextual de la contratación instrumental, estratégica o responsable socialmente. El origen, basado en la responsabilidad social, se hace eco de las necesidades y expectativas de los ciudadanos a obtener un medio ambiente mejor, apelando a la responsabilidad social de las organizaciones, especialmente de las Administraciones Públicas competentes, que invierten más en las personas, el entorno y las relaciones con los grupos de interés social. Los beneficios son evidentes, de un lado, la minimización del impacto ambiental de los consumos públicos, de otro, el experimentado por los consumidores e inversores. La fase de desarrollo, en la que se pone en marcha la parte más mecánica, consistente en la utilización de herramientas jurídicas y técnicas, propias de la contratación administrativa, es capaz de integrar la multiplicidad de características medioambientales susceptibles de convertirse en criterio de



adjudicación. Finalmente, los frutos, resultados e impactos obtenidos con esta utilización estratégica de la contratación<sup>585</sup>. Es en esta última donde afloran los beneficios, si los hay, obtenidos de las buenas prácticas introducidas en la ejecución del contrato, ya sean en modo de ahorro de recursos energéticos, reducción de envases, reducción de gases de efecto invernadero, sustitución de productos tóxicos por otros ecológicos, etc. La fase es crítica, pues implica una revisión del proceso y la interrogación sobre si las expectativas ciudadanas, propias de un modelo de gobernanza, se han visto satisfechas al final del citado proceso. En definitiva, causa y efecto de la contratación socialmente responsable, que la Comunicación *Contratación pública para un medio ambiente mejor*<sup>586</sup>, define de un modo muy ilustrativo: “*un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar.*”.

Resituado el contexto en el que trabajamos, proseguimos el análisis de los criterios de adjudicación verdes. La LCSP 2017, en su artículo 145.2, prevé para los contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, la valoración de condiciones ambientales mensurables, tales como “*el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales*

<sup>585</sup> ALONSO GARCÍA, Consuelo, “Contratación Pública Ecológica”, Gabilex, N° Extraordinario Marzo 2019. Dice la autora que: “esta nueva “arma” [...] va a reportar una importante ventaja económica traducida en una mayor eficiencia en la utilización de los recursos y un significativo ahorro de sus costes de funcionamiento. También va a ofrecer oportunidades de negocio para aquellas empresas que apuestan e invierten en innovación ecológica, aportándoles una mejor ventaja competitiva en un ámbito comercial de especial expansión en la Unión europea.”. De auténtico instrumento de protección ambiental, califica la autora la contratación pública verde en “La contratación pública verde y su nueva regulación en el derecho de la Unión Europea”, “en la medida en que es un medio eficaz no sólo para reducir el impacto ambiental, sino también para dirigir la conducta de los operadores económicos [...] implica un fuerte potencial para incrementar el mercado de los productos ecológicos, fomentar el desarrollo de servicios ambientales o incentivar el diseño y aplicación de tecnologías ambientales [...] e incentiva la competitividad de la industria al promover la innovación en ecotecnologías.”. Pág. 159.

<sup>586</sup> COM(2008) 400 final. Bruselas.

*ecológicos.”. El derecho ambiental, matiza J. José PERNAS GARCÍA<sup>587</sup> “puede ayudar para la identificación de las prestaciones de «impacto significativo», ya que, a través de su regulación, establece los proyectos potencialmente contaminantes o con repercusiones importantes en el medio ambiente”.*

Vamos a examinar alguna de estas normas, por su significativo alcance en la contratación pública y para la delimitación de algunas de las características medioambientales que queremos destacar. De este modo, traemos de nuevo a colación la *Comunicación medioambiental de 2001*, aunque en esta ocasión prescindiendo de cuanto se ha dicho sobre la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, aspecto relacionado con la evaluación intrínseca de las ofertas, que consideramos ya superado por la visión menos economicista que introduce la Directiva de 2014 y la LCSP 2017 de transposición. Nos interesa, sin embargo, destacar ahora los costes originados durante el ciclo vital de los productos, que corren por cuenta de la entidad adjudicadora, como son los costes directos de funcionamiento, tales como la electricidad, el agua y otros recursos utilizados durante la vida del producto, los gastos inductores de ahorro, tales como inversiones para mejorar el aislamiento térmico; así como los costes de mantenimiento o reciclado del producto (apartado 3.2). Igualmente, la posibilidad de tener en cuenta las externalidades originadas con la ejecución del contrato, *“daños o beneficios que no son pagados por quien contamina ni por el beneficiario en condiciones normales de mercado.”*

La comunicación de 2008<sup>588</sup>, opta por el diseño de unos criterios comunes de CPE<sup>589</sup>, que evitarían las distorsiones del mercado y la reducción de la competencia, que podría derivarse de la aplicación de criterios nacionales

<sup>587</sup> PERNAS GARCÍA, J. José, “Contratación pública y eficiencia energética”.

<sup>588</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, COM (2008) 400 final.

<sup>589</sup> Distingue entre criterios básicos y globales, estando concebidos los primeros “para permitir una aplicación fácil de la CPE, y se centran en el aspecto o los aspectos fundamentales del comportamiento medioambiental de un producto, tratando de reducir al mínimo los costes administrativos para las empresas”, y los segundos, que tienen en cuenta aspectos o niveles superiores de comportamiento ambiental, “para que los utilicen las autoridades que quieran ir más lejos en su apoyo a los objetivos medioambientales y de innovación.”

diferentes, y añade la posibilidad de formular criterios ecológicos no obligatorios para fomentar un mejor comportamiento medioambiental, introduciendo un dato sugerente para el gestor, como es la interpretación de *valor significativo* de los criterios de adjudicación ecológicos, que sitúa en un 15%, respecto del conjunto de criterios. La Comisión concluye recomendando, encarecidamente, la utilización de la CPE para la ejecución de los proyectos financiados con fondos europeos, pues dado el elevado alcance económico que dichos proyectos representan, supondrían un importante incentivo para la implantación general de la CPE.

Por su parte, el reciente paquete de medidas de la estrategia de contratación pública<sup>590</sup>, establece, respecto de la contratación estratégica y coordinada, apartado 17, que *“las consideraciones innovadoras, sociales y medioambientales son criterios de adjudicación legítimos y fundamentales en la contratación pública, y que los poderes adjudicadores también pueden perseguir objetivos ecológicos, innovadores o sociales mediante unos pliegos de condiciones bien concebidos y permitiendo variantes de forma no discriminatoria por lo que respecta a las ofertas, siempre y cuando estas características estén vinculadas al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este”* y, a continuación, en el apartado 20 de la misma temática, alude a la adopción de medidas tendentes a garantizar que los bienes y servicios adquiridos mediante contratos públicos no hayan sido producidos con vulneración de los derechos humanos, pidiendo a la Comisión la inclusión de disposiciones sobre ética en las cadenas de suministro, en la guía que prepara sobre aspectos sociales en las contrataciones públicas.

A modo de documento indicativo, que no vincula a la Comisión Europea, el Manual sobre la contratación pública ecológica, en su 3ª edición, “Capítulo 5: Adjudicación de un contrato”, se refiere a las posibilidades de aplicar criterios de adjudicación medioambientales, a condición de que, como venimos reiterando, *“estén vinculados al objeto del contrato; no confieran al poder*

<sup>590</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública (2017/2278(INI))

*adjudicador una libertad de decisión ilimitada; garanticen la posibilidad de que exista una competencia real; se mencionen expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones, junto a sus respectivas ponderaciones y cualquier subcriterio aplicable; y cumplan los principios del Tratado.”.*

El Manual, fija como recomendación el establecimiento de criterios de adjudicación que promuevan el ofrecimiento por los licitadores de mejoras a los requisitos especificados, la evaluación de los costes del ciclo de vida al comparar las ofertas presentadas, o el rechazo de las ofertas anormalmente bajas, en el caso de que incumplan la legislación medioambiental. Insiste en la contemplación del ciclo de vida como revelación de los costes reales de un contrato, y establece la posibilidad de asignar puntos durante esta fase de adjudicación para reconocer un rendimiento superior a los requisitos mínimos exigidos en las especificaciones, aspecto que, recordemos, ha sido negado por el TACRC en su resolución 235/2019, al equiparar forma medioambientalmente sostenible, con los mínimos previstos en la normativa especial de aplicación. De este modo, se sepa o no, el coste o la disponibilidad, no se restringe innecesariamente la concurrencia, y se obtiene la oferta más ventajosa en calidad precio, ponderando todos los criterios en juego<sup>591</sup>.

Recientemente, la COM (2020) 21 final,<sup>592</sup> en su apartado 4.2. *“Proporcionará al sector público orientación y los medios apropiados para realizar inversiones sostenibles”*, dice que la *“Comisión propondrá criterios ecológicos mínimos*

<sup>591</sup> El Manual ilustra esta última consideración con un ejemplo sobre Criterios de adjudicación en materia de CPE: *“El Rijkswaterstaat sacó a concurso la reconstrucción y el mantenimiento de un tramo de autopista en los Países Bajos. La selección de la oferta ganadora se efectuó con base en el precio y la calidad. Uno de los criterios de calidad para la consideración de la oferta económicamente más ventajosa era la sostenibilidad, que incluía una escala de rendimiento en materia de CO<sub>2</sub> de los procesos operativos y la evaluación del ciclo de vida de los productos utilizados. Estos ahorros se valoraron en términos monetarios y se dedujeron de los precios de las ofertas. El licitador que resultó ganador ofrecía una optimización global del diseño que permitirá ahorrar 8.944 toneladas de CO<sub>2</sub> e a lo largo de 50 años. «Los licitadores valoran la libertad de poder tomar sus propias decisiones en cuanto al diseño sostenible dentro de un marco técnico». Cuno van Geet, asesor superior de eficiencia energética del Rijkswaterstaat”*

<sup>592</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Inversiones para una Europa Sostenible, COM (2020) 21 final, de 14 de enero de 2020.

*obligatorios o metas para la contratación pública en las iniciativas sectoriales, [...] estos criterios mínimos constituirán, de facto, una definición común de lo que ha de entenderse por «compra verde», permitiendo reunir datos comparables de los compradores públicos y sentando las bases para evaluar el impacto de los contratos públicos ecológicos.”*. Y en su apartado 5.3.2. *Apoyo a los promotores de proyectos*, se habla de una de las herramientas imprescindibles, que más adelante veremos con detenimiento, para conseguir la máxima efectividad en la implantación de proyectos y actividades sostenibles. Naturalmente, nos referimos al instrumento de control, sobre el cual la Comisión pretende ayudar a los inversores públicos para aprovechar todas las oportunidades de *“ecologizar su contratación pública y garantizar la sostenibilidad de los proyectos y la observancia de las más estrictas normas medioambientales, a lo largo de la cadena de suministro.”*

En menor medida, con propuestas mucho más generalistas, la Estrategia “de la granja a la mesa”<sup>593</sup>, de la Comisión Europea, dará paso a un plan de acción sobre agricultura ecológica, que impulsará la contratación pública ecológica.

Finalmente, LAZO VITORIA<sup>594</sup>, haciéndose eco del el Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética, recoge los previstos en el art. 27.2, entre los que destacamos: requisitos de máxima calificación energética de las edificaciones que se liciten, ahorro y eficiencia energética, uso de materiales de construcción sostenibles, medidas de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, y medidas de adaptación al cambio climático.

Pese a estos instrumentos clarificadores sobre las posibilidades de inclusión de cláusulas de CPE, lo cierto es que como dijera la Comisión en su Comunicación de 2017<sup>595</sup> *Conseguir que la contratación pública funcione en*

<sup>593</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia «de la granja a la mesa» para un sistema alimentario justo, saludable y respetuoso con el medio ambiente. COM (2020) 381 final, Bruselas, 20.5.2020.

<sup>594</sup> LAZO VITORIA, Ximena, “Cambio Climático y contratación pública. Novedades del Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética”, Observatorio de Contratación Pública, 7 de marzo de 2020.

<sup>595</sup> COM (2017) 572 final. “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa ...”

*Europa y para Europa, “la mayoría de las licitaciones económicamente ventajosas sobre la base de un enfoque de relación coste-eficacia que puede incluir criterios sociales, medioambientales, innovadores, de accesibilidad y otros criterios cualitativos, siguen estando infrautilizadas.”*. Lo que nos lleva, una vez más, a preguntarnos por qué una herramienta estratégica del potencial de la contratación pública, inductora de la consecución de otras políticas sociales y ambientales, no consigue calar suficientemente en los poderes adjudicadores. Aspectos como los comentados, de la falta de profesionalización de los gestores, desconocimiento de los potenciales usos de la gestión medioambiental, y una alta ambigüedad, aunque menor del lado de los aspectos medioambientales, a la hora de introducir debidamente sus características en las diferentes fases del proceso de adjudicación, hacen, en definitiva, que no solo no se incida directamente, sino también, y es casi lo más importante, que no se muestre ese papel ejemplarizante, responsable socialmente, para que los distintos sectores de actividad privada imiten las buenas prácticas verdes de los procesos de compra pública. No en balde, la Estrategia Española de Responsabilidad Social impulsa la incorporación de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación pública, fomentando la implicación de las Administraciones Públicas y de sus proveedores.<sup>596</sup>

Pero, como dice LÓPEZ TOLEDO, el potencial de la contratación pública para la consecución de objetivos ambientales, también se ha plasmado en otras políticas y normas sectoriales. Destaca, en este sentido, la Directiva, 2009/33/CE, de 29 de abril, relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, cuyo Considerando núm. 7, refiere la posibilidad de aplicar medidas complementarias al marco legislativo de aplicación, que deben permitir la promoción de la contratación pública de vehículos eficientes desde el punto de vista del combustible<sup>597</sup>.

<sup>596</sup> Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025).

<sup>597</sup> Entre esas medidas, la Directiva recoge en su Considerando núm. 8, las propuestas del Libro Verde de la Comisión sobre transporte urbano, de 25 de septiembre de 2007, titulado “Hacia una nueva cultura de la movilidad urbana”. La propuesta incorpora un posible planteamiento basado en la internalización de los costes externos, mediante el uso de criterios de (*adjudicación*)

Resulta interesante, la metodología que incluye el artículo 6, para el cálculo de los costes de utilización durante la vida útil<sup>598</sup>, para incorporarlos en la decisión de compra como criterios de adjudicación. Esta Directiva se ha transpuesto al derecho interno mediante Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuyo Título III, lo dedica a distintos ámbitos de la sostenibilidad ambiental, tales como el modelo energético, la reducción de emisiones, el transporte y la movilidad sostenible. El Capítulo III de este título, apoya la eficiencia económica y medioambiental y la competitividad en el sector del transporte, siendo principios de esta política el fomento de los medios de transporte de menor coste social, ambiental y energético, la participación de la sociedad en la toma de decisiones que afectan a la movilidad y el cumplimiento de los tratados internacionales relativos a la preservación del clima y la calidad ambiental.

De esta Ley, debemos destacar su artículo 35 *“Sostenibilidad en la gestión de las empresas públicas y de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social”*, cuyo apartado d), se refiere a la posibilidad de inclusión de criterios de adjudicación de los contratos, vinculados a su objeto, que valorarán el ahorro y uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de la vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados y reutilizados o de materiales ecológicos, aspectos todos ellos recogidos en el artículo 145.3 de la LCSP 2017. Del mismo modo, el artículo 85 *“Ahorro energético de las Administraciones Públicas”*, prevé la utilización de fuentes de energía renovables en los procedimientos de contratación,

concesión, *“además del precio de los vehículos objeto de la contratación, de los costes del consumo de energía durante su vida útil, de las emisiones de CO<sub>2</sub> y de las emisiones contaminantes ligadas a la explotación de los vehículos. Además, la contratación pública podría dar prioridad a las nuevas normas Euro. El uso temprano de vehículos más limpios también podría mejorar la calidad de la atmósfera en las zonas urbanas.”* Otros informes, como el de alto nivel CARS 21, de 27 de febrero de 2007, indicó la manera de que los Estados miembros fueran *“más allá de la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa para lograr unos bienes intermedios más sostenibles, en línea con la Directiva 2004/17/CE [...] y la Directiva 2004/18/CE”*.

<sup>598</sup> Actuando sobre tres parámetros: a) el coste del consumo de energía derivado de la utilización de un vehículo, durante su vida útil, se calcula teniendo en cuenta: el consumo por Km, coste por unidad de energía de la gasolina o del gasóleo, y coste durante su vida útil; b) el coste de emisiones de CO<sub>2</sub>; y c) el coste de las emisiones contaminantes de NO<sub>x</sub>, NMHC y las partículas.

aunque en este caso no caracteriza la fase del proceso. Por último, el artículo 106 *“Adquisición, por los poderes adjudicadores, de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.”*, contempla requisitos sobre impactos energético y medioambiental durante la vida útil del vehículo (consumo de energía, emisiones CO<sub>2</sub>, y emisiones NO<sub>x</sub>, NMHC y partículas), y prevé su cumplimiento mediante la incorporación a las especificaciones técnicas o, alternativamente, como criterios de adjudicación.

También la Directiva 2006/32/CE, de 5 de abril, relativa a la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos, señala en su Considerando núm. 7, que el sector público debe esforzarse por utilizar criterios de eficiencia energética en los procedimientos de licitación, apelando a la permisividad que conceden las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. Su artículo 5, establece que, sin perjuicio de las legislaciones nacional y comunitaria sobre contratación pública, se utilizarán al menos dos de las medidas que incluye su anexo VI, invocadas a modo de decisión ejemplarizante<sup>599</sup>. Como ejemplarizante pretende ser la consolidación de actividades de reciclado, a través de medidas que faciliten la reincorporación de los productos reciclados al mercado, como por ejemplo la contratación pública verde o la compra pública de innovación, según prevé el Plan Estatal Marco de Gestión de Residuos (PEMAR) 2016-2022<sup>600</sup>

Otros instrumentos de planificación, tales como el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, considera la importancia de la contratación pública ecológica (CPE) *“como instrumento de impulso y facilitación del crecimiento económico, desde el planteamiento de una economía circular, baja en carbono, eficiente en recursos, sin residuos, no contaminante y eco-innovadora.”*, y la define como *“el proceso a través del*

<sup>599</sup> Entre ellas, instrumentos financieros, especificaciones de productos energéticamente eficientes, consumos eficientes, sustitución y retroadaptación de equipos, auditorías energéticas, y adquisición o arrendamiento de edificios eficientes energéticamente.

<sup>600</sup> Resolución de 16 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de noviembre de 2015, por el que se aprueba el Plan Estatal Marco de Gestión de Residuos (PEMAR) 2016-2022.



*cual las autoridades adquieren bienes, obras y servicios con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otros bienes, obras y servicios con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar.”.*

En el Plan se señalan como bienes, obras y servicios prioritarios, los siguientes:

- Alimentación y servicios de restauración.
- Iluminación interior de edificios.
- Alumbrado público exterior y semáforos.
- Aparatos eléctricos y electrónicos utilizados en el sector de la asistencia sanitaria.
- Calefactores a base de agua.
- Diseño, construcción y gestión de edificios de oficinas.
- Diseño, construcción y mantenimiento de carreteras.
- Electricidad.
- Equipos de impresión.
- Eventos.
- Grifería sanitaria.
- Inodoros y urinarios de descarga.
- Mobiliario y paneles murales.
- Ordenadores y monitores.
- Papel para copias y papel gráfico.
- Productos textiles.
- Productos y servicios de jardinería.
- Productos y servicios de limpieza.
- Sistemas combinados de calor y electricidad. Sistemas de climatización.
- Transporte

Y, entiende necesaria la inclusión de un criterio de adjudicación que valore la inscripción en el Registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono o esquema similar, fijando un calendario para la inclusión gradual por cada órgano de contratación, partiendo de un 15% de contratos licitados en 2020, para llegar a un 50% en 2025. De este modo, se introduce una característica medioambiental de los productos directamente vinculada al objeto del contrato, aunque no forme parte de su sustancia

material, que sirve para realizar un análisis del rendimiento comparativo de las ofertas presentadas.

Asimismo, el Plan, contiene una tabla muy ilustrativa de características medioambientales, que sirven para su introducción como especificaciones técnicas, criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución, concretando en algunos casos los aspectos que pueden ser valorados con puntos adicionales, como por ejemplo, los relacionados con la eficiencia energética<sup>601</sup>, criterios para los que el Plan concede la consideración de la ambivalencia, al poderse establecer igualmente como condiciones especiales de ejecución. El Plan es un completo documento para la gestión, con una ilustrativa casuística que permite el asiento de las características medioambientales en todas las fases del proceso de contratación. Además, se refiere a otros criterios adicionales, o más detallados, para incorporar en los pliegos de contratación, siguiendo los criterios de la contratación pública verde de la UE<sup>602</sup>.

En el sentido ejemplificativo del Plan, Javier SOLA TEYSSIERE, recoge iniciativas de diverso alcance por parte de las Administraciones Públicas, orientadas a promover criterios de adjudicación medioambientales, y muestra

<sup>601</sup> Diseño, construcción y gestión de edificios de oficinas: “se otorgarán puntos adicionales:

- *A aquellos licitadores que garanticen un cumplimiento más exigente de los requisitos básicos de ahorro de energía.*
- *A la realización de un estudio sobre la huella de carbono del edificio, tanto en su fase de construcción como de uso, utilizando herramientas propias o las disponibles públicamente, facilitando información sobre las distintas opciones barajadas y proponiendo de manera motivada una opción final.*
- *A la realización de un seguimiento del consumo energético del equipamiento consumidor de energía a lo largo de un período de tiempo determinado, con el objeto de comprometer a la empresa instaladora en el alcance de los rendimientos energéticos esperados.*
- *Certificación del grado de sostenibilidad de los edificios mediante alguno de los sellos existentes: LEED, BREAM, Verde, o cualquier otro similar.*
- *Inclusión de puntos de recarga para vehículos que utilicen energías alternativas en nuevas edificaciones.*

– *Otros criterios de adjudicación:*

- *Se otorgarán puntos adicionales a la integración en edificios de dispositivos o instalaciones exteriores con el objeto de favorecer el asentamiento de especies de fauna de interés, beneficiosa o amenazada (como por ejemplo, cajas nido para pequeñas aves como vencejos o aviones, rapaces, murciélagos, etc.). Igualmente se podrán establecer los criterios de adjudicación como condiciones especiales de ejecución”.*

<sup>602</sup> Referencia de internet:

[http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/toolkit/cleaning\\_product/es.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/toolkit/cleaning_product/es.pdf).

un listado orientativo de criterios comúnmente incorporados a los pliegos<sup>603</sup>. También el PEMAR, en su epígrafe 10.4 “Orientaciones”, dice que se promoverá el establecimiento de porcentajes mínimos de uso de materiales (caucho NFU en mezclas bituminosas) en obra pública mediante la introducción de criterios que así lo prevean, y pone el ejemplo de la Contratación Pública Verde. Merece destacarse su epígrafe 13 “Residuos de construcción y demolición, cuyo apartado 3. “Objetivos”, recoge el establecimiento de un Acuerdo marco sectorial para impulsar la utilización de áridos reciclados procedentes de RCD en obras de construcción. El impulso de las medidas de reciclaje se realizaría a través de la introducción de criterios en la contratación pública, que incluyan porcentajes mínimos de material reciclado en obra pública y privada, que concreta en un 5%, siempre que sea posible.

Igualmente, en el ámbito local, la Instrucción 1/2018 del Ayuntamiento de Logroño<sup>604</sup>, contempla diversas características medioambientales, tales como

<sup>603</sup> SOLA TEYSSIERE, Javier, “Las cláusulas ambientales como criterios de adjudicación del contrato”, Capítulo V del libro *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Director Roberto GALÁN VIOQUE, Ed. Universidad de Sevilla 2018, págs. 125-161. En este listado orientativo cita ejemplos, tales como: “*el ahorro y el uso eficiente de la energía y del agua, la reducción de emisiones acústicas, la menor generación de residuos, la recogida, reciclaje o reutilización de los desechos y su adecuada gestión, el uso de materiales reciclados y/o el suministro en envases reutilizables, la utilización de fuentes de energía renovables, el uso de productos y materiales ecológicos (limpieza, papel reciclado), la reducción de emisiones contaminantes, como las partículas, los disolventes y los óxidos de nitrógeno, el uso de vehículos eléctricos, la eficiencia energética, el menor consumo de recursos naturales, como combustibles o agua, la menor generación de residuos peligrosos y su reciclaje, y la incorporación de materiales reciclados al producto final.*”.

<sup>604</sup> Dirección de Internet:

<http://www.logroño.es/wps/wcm/connect/0b49498048a712379b51fffc9a59ca7f/Instrucción%2B1>

La Instrucción, contiene en el Anexo I, un listado no exhaustivo de características medioambientales susceptibles de incluir en los Pliegos, como criterio de adjudicación, con su correspondiente valoración, aplicación típica según contratos y aspectos a verificar para el seguimiento de los mismos. De todas ellas extraemos las siguientes:

1. *Uso de productos ecológicos, acreditados con Etiqueta Ecológica Europea, el Ángel Azul, el Cisne Nórdico o similares: Hasta 2 puntos*
  - a. *Aplicación típica: Contratos de servicio. Contratos de limpieza etc.*
  - b. *Verificación: Formalización detalle del sistema de uso de los productos y acreditación del uso de los productos mediante la presentación de las etiquetas ECO o similares, incluidos, en su caso, los informes técnicos de los fabricantes.*
2. *Características del vehículo en atención al criterios de reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero: Hasta 3 puntos con los siguientes valores (Como máximo 5% del total de puntos):*
  - a. *Vehículo (etiqueta CERO de la DGT): 3 puntos.*
  - b. *Vehículo (etiqueta ECO de la DGT): 2 puntos*
  - c. *Aplicación típica: contratos de suministro de vehículos.*

el uso de productos ecológicos, acreditados mediante etiqueta, la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero, la utilización de vehículos híbridos, el mantenimiento y mejora de los recursos naturales afectados por la ejecución del contrato, pautas de reciclaje, uso de papel 100% de origen reciclado, o la utilización de fibras naturales certificadas, libres de sustancias tóxicas en su proceso de fabricación.

RAZQUÍN LIZÁRRAGA, se plantea qué valor otorgar a los criterios ambientales, y cita la sentencia AVN AG y Wienstrom GmbH, asunto C-448/01, que da por buena la valoración del criterio ambiental de suministro de energía por fuentes de energía renovables, en un 45%, ponderación que el TJUE declara que no es incompatible con la normativa comunitaria en materia de contratación pública. Otros autores, dice PERNAS<sup>605</sup>, han llamado la atención sobre el riesgo de que los criterios ambientales de adjudicación, *“puedan incrementar el margen de apreciación de los poderes adjudicadores y, en consecuencia el riesgo de discriminación entre los operadores económicos.”*

- d. Verificación: Documentación técnica del vehículo
- 3. Pautas de reciclaje, recogida selectiva de residuos, tanto orgánicos como inorgánicos y el uso concreto de materiales reciclables: Hasta 1 punto. Para obtener puntuación las acciones propuestas contendrán concreción e indicadores para su evaluación. (Como máximo 2% del total de puntos).
  - a. Aplicación típica: contratos de obra y de servicios,
  - b. Verificación: Indicadores de evaluación propuestos
- 4. Uso de papel 100% reciclado blanqueado mediante procesos libres de cloro con un nivel de blancura entre el 70 y el 90%: Hasta 10 puntos, uso de Tintas ecológicas libres de disolventes Hasta 10 puntos. (Como máximo 10% del total de puntos)
  - a. Aplicación típica: contratos de suministro y de servicios.
  - b. Verificación: Etiqueta ecológica o, en su caso, certificados de las tintas utilizadas.

<sup>605</sup> PERNAS GARCÍA, J. José, *Contratación Pública Verde*, pág. 181. El autor cita las recomendaciones de la Comisión Europea en *Buying green! A handbook on green public procurement*, para determinar el peso de los criterios ambientales, mediante las siguientes preguntas: *“¿Cuál es la importancia del medio ambiente en el contrato con relación a otras consideraciones (coste, calidad)?; ¿en qué medida los objetivos se pueden alcanzar mejor mediante criterios de adjudicación, sumadas a o en vez de prescripciones técnicas, criterios de selección o cláusulas de ejecución del contrato?; ¿qué peso se puede permitir asignar el órgano de contratación a los criterios ambientales en la adjudicación del contrato?”* [...] *«La Comisión cree que es posible asignar un peso relevante a las características ambientales, cuando no hay una gran variación de precio para un producto dado, pero sí de resultados ambientales»*

Como vemos, las posibilidades que presentan las características medioambientales, ya sean definidas en la Directiva 2014/24/UE, en la LCSP 2017, en la normativa sectorial o en instrumentos de planificación, guías o protocolos de actuación, son casi infinitas, todas ellas además de fácil vinculación al objeto del contrato, aunque no formen parte de su sustancia material. Si bien, por razones obvias de metodología y enfoque del trabajo que desarrollamos, nos vamos a centrar en aspectos determinantes de la compra pública verde, tales como la compra de proximidad de los productos, también llamados Km 0 ó de última milla, y el ciclo de vida de los mismos, este último por la importante proyección de impactos, cuando se distingue entre valor y precio (Capítulo II.2.3).

### 1) La compra de proximidad para la reducción de la huella de carbono

La LCSP 2017, no contiene referencia alguna al criterio de proximidad como elemento distintivo del proceso de adjudicación, sino apenas una breve referencia en su artículo 90 “Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios”, para justificar en el apartado 3, que si el objeto contractual requiere aptitudes específicas en la prestación de servicios de proximidad u otros análogos, se exigirá la concreta experiencia. Ciertamente, que el artículo 145.2.1º, al referirse a las características medioambientales, tiene en cuenta en el listado no exhaustivo que incorpora, la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero y el empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética; aspectos que de modo directo o indirecto van ligados a la producción de bienes y servicios próximos al lugar donde deben consumirse.

Ciertamente también, que son varias las enmiendas<sup>606</sup> al proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de los Grupos Parlamentarios, Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, Esquerra Republicana, y Mixto,

<sup>606</sup> Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 16 de marzo de 2017). Enmiendas 107, 111, del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea; 257 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, 880 del Grupo Parlamentario Mixto.

refiriéndose el primero a la posibilidad de que las prescripciones técnicas contengan condiciones de proximidad y trazabilidad para garantizar la calidad alimentaria, motivada por cuestiones de salud pública para fomentar la compra alimentaria de proximidad de productos o procesos producidos por los pequeños y medianos productores y operadores artesanales y ecológicos. El grupo Confederal de Unidos Podemos, proponía para los contratos no sometidos a regulación armonizada el establecimiento en los pliegos de criterios de adjudicación referidos al desarrollo económico territorial, el empleo local o la promoción de empresas sociales en el ámbito de actuación en el territorio, si bien, a continuación añadía el cumplimiento de los principios generales de la contratación pública, tales como, *“Las medidas de actuación serán proporcionadas, no tendrán efecto discriminatorio ni podrán afectar a la competencia y deberán ser accesibles para cualquier licitador. El criterio de proximidad estará condicionado a su vinculación con el objeto del contrato, debiendo tratarse de una circunstancia que, por su materia, y de forma objetiva, comporte necesariamente una ejecución más correcta del mismo.”*, lo cual se antoja bastante contradictorio. En parecidos términos los Grupos Parlamentarios de Esquerra Republicana y Mixto, si bien, el primero apelando a la creación de mecanismos estatales de supervisión y control para que los organismos licitadores de las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos no establezcan condiciones de proteccionismo indebidas.

Ninguna de estas enmiendas, por razones obvias de incompatibilidad con el derecho europeo, accedieron al nuevo texto, sin desconocer que son muchas las voces que se alzan, especialmente de los municipios y Comunidades Autónomas, para introducir medidas que contrarresten lo que se conoce como la *España vaciada*, hecho afectado por diversas causas, entre las que se encuentra la falta de competitividad de las PYMES y empresas de economía social, pero también por las restricciones al otorgamiento de ventajas que no sean meramente económicas, pese a la obtención de beneficios basados en la reducción de la huella de carbono de productos y servicios.

En este sentido, como reza en la *Guía de integridad en la contratación pública local*<sup>607</sup>, “*resulta pertinente no olvidar que las entidades locales parten de una posición dentro de la estructura territorial y competencial en el estado español que ha de ser tenida en cuenta a la hora de analizar la actuación de las entidades locales para el fomento de las PYMES con especial énfasis en las pymes locales en lo que ha venido a introducirse como tendencia estratégica local de potenciación de los productos y servicios de proximidad.*”

La Guía, opta por la potenciación del producto local frente a la globalización de la economía y tiene en cuenta la minoración de la huella de carbono, bajo la tendencia de primar el consumo de los productos o servicios con bajo impacto ambiental de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), que lleva aparejada la proximidad de los mismos, sobre todo los perecederos, en aras de “*garantizar el menor impacto ambiental para la reducción de las emisiones y absorciones de los gases de efecto invernadero en su producción, fabricación, transporte, comercialización, retirada o reciclaje*”.

En el tratamiento del tema, el texto establece diferencias entre el criterio de adjudicación, relativo a la proximidad de los bienes y servicios, respecto a otro criterio social de dificultoso encaje como es el arraigo territorial, que ha sido objeto de múltiples resoluciones. Reconocen los autores que el criterio de accesibilidad y proximidad para la prestación de un servicio, en aras a mejorar la calidad en beneficio de sus usuarios, parece estar asentándose, sin menoscabo de los principios de no discriminación e igualdad de trato.

<sup>607</sup> *Guía de integridad en la contratación pública local*, Bloque II, Cap. III “La eficiencia en el gasto público y su relación con las características sociales...”. Apunta la Guía, en sus páginas 237-238: “*Este enfoque ambiental de proximidad a las entidades locales como a las pymes radicadas en dicho territorio al plantear desde otra perspectiva dicho criterio de adjudicación atendiendo a consideraciones exclusivamente ambientales en donde prima el menor impacto ambiental que lleva aparejado la incontestable reducción en las emisiones de GEI, como mínimo, en el proceso de transporte y comercialización de los productos o los servicios de proximidad. Así, el artículo 145. 2 de la LCSP incluye el criterio de adjudicación ambiental relativo a la reducción del nivel de emisión de GEI, que implica por ello una minoración de la huella de carbono y consecuentemente permite a los licitadores presentar ofertas que reduzcan dichas emisiones en la fabricación, producción, extracción, el transporte o comercialización de los productos o servicios objeto de licitación, reducción factible e incontestable en el caso de la contratación pública local y los servicios y productos ofertados desde las pymes.*”

El concepto de arraigo territorial ha sido estudiado por SERRANO CHAMIZO<sup>608</sup>, sobre la base de la Resolución 84/2017 de la OARC/KEAO, en la que se sustanciaba la acusación de premiar por parte del órgano de contratación el “arraigo territorial”. La empresa recurrente mantiene la ilegalidad del criterio apoyándose en la infracción de los principios de igualdad de trato, no discriminación, y libre concurrencia, así como que la proximidad (planta de gestión de residuos) no afecta a la forma de prestar el servicio y no está vinculada al objeto del contrato. Por su parte, el órgano de contratación, defiende que el principio de proximidad resulta de aplicación, de acuerdo con la legislación y jurisprudencia de aplicación. El Tribunal, después de someter el supuesto al *filtro* de la Sentencia CONTSE<sup>609</sup>, opta por desestimar el recurso y considerar legal el criterio de adjudicación. De ella extrae el autor las interesantes conclusiones siguientes:

- “a) Los criterios de adjudicación medioambientales pueden esconder medidas contrarias a los principios del Derecho de la UE, en especial el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de territorio.*
- b) Sin embargo, no todos los criterios de adjudicación medioambientales vinculados con el arraigo territorial pueden considerarse ilegales, por lo que los automatismos en este terreno pueden llevar a juicios precipitados.*
- c) La distinción entre los criterios medioambientales legales y los discriminatorios por razón de territorio debe basarse en un análisis que descomponga sus elementos para contrastarlos con el Derecho de la UE y con el Derecho nacional en él inspirado<sup>610</sup>”*

<sup>608</sup> SERRANO CHAMIZO, Javier, “Un ejemplo de criterio de adjudicación medioambiental y su relación con el «arraigo territorial»: La Resolución 84/2017 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, Cap. 7 del libro *Compra Pública Verde*, Directora LAZO VITORIA, Ximena, Ed. Atelier 2018. Págs. 168 y ss.

<sup>609</sup> STJUE, de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644, CONTSE. En su apartado 25, establece que “*Las medidas nacionales [...] que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades garantizadas por el Derecho originario, deben reunir los cuatro requisitos que a continuación se enumeran para considerarse ajustados al Derecho de la UE:*

- a) Que se apliquen de manera no discriminatoria*
- b) Que estén justificadas por razones imperiosas de interés general.*
- c) Que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen.*
- d) Que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.*

<sup>610</sup> En la Resolución 462/2018 de 11 de mayo, el TACRC, al analizar la especificación técnica de que la plataforma telefónica de la empresa adjudicataria se ubique en el término municipal de Murcia, fijando una distancia máxima desde el casco urbano, nos adelanta que la apreciación de si los pliegos imponen o no un principio de arraigo territorial discriminatorio y prohibido, exige la



Sin embargo, la doctrina administrativa mayoritaria, considera el efecto discriminatorio del criterio de proximidad (TACP de Navarra, Acuerdo 91/2018)<sup>611</sup>; también desproporcionado (RTACRC 191/2017, de 17 de febrero)<sup>612</sup>; siendo ésta una cuestión que dependerá de las condiciones del transporte y no de una distancia específica (RTACRC 69/2015, de 23 de enero)<sup>613</sup>, o de las comunicaciones electrónicas (TACP de Madrid, 104/2019, de 20 de marzo)<sup>614</sup>.

A modo de conclusión, la Guía de Integridad justifica algunas desventajas relacionadas con la capacidad económica y de recursos de las PYMES en la contratación pública local, en los mayores beneficios inherentes a la *“potenciación de la economía local, la lucha contra el despoblamiento de zonas rurales y la mejora de la empleabilidad de la población local.”*, si bien, han de tenerse en cuenta determinados límites en la incorporación de criterios de sostenibilidad ambiental, de modo que queden a salvo los principios de libre competencia, no discriminación e igualdad de trato y de transparencia. Esto supone, como dice otra Guía, la que lleva por título: *Incorporación de*

realización de un juicio de ponderación previo entre la libertad del órgano de contratación para fijar las condiciones del contrato y la expectativa de todo empresario a no sufrir discriminaciones en el acceso al contrato, encontrando razonable el Tribunal, en este caso, que *“el órgano de contratación establezca en los pliegos que rigen el contrato la prestación del servicio desde y en el mismo término municipal, así como la necesaria proximidad del adjudicatario a su sede”*.

<sup>611</sup> Dice el Tribunal, que un criterio de adjudicación consistente en la cercanía del gestor autorizado de residuos, en el que no se dan ninguna de las excepciones para que pueda ser admitido, ya que su aplicación conduce a consecuencias discriminatorias.

<sup>612</sup> Considera el Tribunal que un criterio de adjudicación, que atribuye hasta 5 puntos a la oferta de centros, en función de la distancia en metros desde el centro ofertado hasta el centro de referencia UMIVALE (Mutua colaboradora de la Seguridad Social, convocante), puede tener un efecto discriminatorio, al tener en cuenta que el reducido radio de distancia recogido en los pliegos (entre 0 y 2000 mts.), determina que el criterio de arraigo territorial sea desproporcionado.

<sup>613</sup> La Resolución considera que un criterio que valora la distancia del centro de gestión de los residuos al conjunto de centros sanitarios que los produce, y que tiene por finalidad minimizar el riesgo medioambiental y sanitario, no justifica una restricción al principio de igualdad, pues la proximidad o no de la planta de tratamiento no afecta a la forma en la que se va a prestar el servicio, siendo ésta una cuestión que dependerá de las condiciones del transporte y no de una distancia específica.

<sup>614</sup> Dice el Tribunal, que ante un criterio de adjudicación consistente en el otorgamiento de hasta 5 puntos para los licitadores cuyo despacho profesional se encuentre a una distancia máxima de 25 Km. del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, se pronuncia diciendo que no guarda relación con el objeto del contrato, al considerar que las comunicaciones electrónicas obvian cualquier exigencia de proximidad.

*critérios de sostenibilidad alimentaria en la compra pública*<sup>615</sup>, que “establecer que los productos alimentarios suministrados serán «locales» o «nacionales» por haberse completado su proceso de producción dentro de un área geográfica determinada, contradice los principios europeos que rigen la compra pública.”. Por el contrario, se inclina por la posibilidad de solicitar productos alimentarios con denominaciones de origen o indicaciones geográficas protegidas y registradas por la Unión Europea, por tratarse de productos cuyo consumo se debe fomentar o proteger.

La proximidad de la realización de la prestación, o del suministro de bienes necesarios para el funcionamiento regular de los servicios, tiene una incidencia clara sobre el consumo de energía necesaria para la realización del transporte hasta el punto de entrega o de prestación y, por ende, en las emisiones de gases de efecto invernadero, objetivables mediante la asignación de la huella de carbono del producto. Pero también, como dice la Guía de incorporación de criterios de sostenibilidad alimentaria citada, sobre la potenciación de la economía local, especialmente en la empleabilidad de su población, que se vería beneficiada con la integración de esta característica como criterio de adjudicación. El punto de equilibrio para no incurrir en extralimitaciones está en que la decisión de incorporar cláusulas verdes sostenibles, no abusivas, no invasivas, no suponga discriminaciones o inequidades entre los licitadores, de modo que todos tengan acceso a los productos, transporte e instalaciones que precisen los servicios o suministros a contratar, en condiciones de igualdad. Por tanto, puede fomentarse la eficiencia energética e incluso los productos locales representativos de un territorio, si todos los licitadores pueden acceder a ellos, sin que dé lugar a un gravamen económico excesivo o intolerable, que los sitúe en condiciones de desigualdad.

<sup>615</sup> JUSTICIA ALIMENTARIA, *Guía Incorporación de criterios de sostenibilidad alimentaria en la compra pública*, Consellería Serveis Socials i Cooperació, de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, mayo de 2018.

## 2) Perspectiva del ciclo de vida de los productos

Ya nos hemos referido con anterioridad a cómo la consideración del ciclo de vida de los productos, permite la sostenibilidad del medio natural, que nos sirve de hábitat, al tiempo que el ahorro en el gasto público, si tenemos en cuenta no sólo el precio por la adquisición de los bienes, sino los costes de mantenimiento y desmantelamiento de los mismos, principalmente. Las autoridades que implanten la CPE, dice el Manual sobre Contratación Pública Ecológica, *“estarán mejor preparadas para hacer frente a los cambiantes desafíos medioambientales, por ejemplo para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero o avanzar hacia un modelo de economía más circular.”*

La LCSP 2017, tiene en cuenta especialmente el ciclo de vida como proceso específico que recoge la secuencia, antes citada también, *de la cuna a la cuna*, representada por HIOBE en la figura núm. 2. Sabemos, igualmente, que la valoración de las ofertas podrá basarse en un planteamiento que atienda la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, basado en el ciclo de vida del producto o la prestación, según detalla el artículo 148 de la misma, y que tan vinculado al objeto del contrato están las características intrínsecas o inherentes que lo definen, como otros aspectos que forman parte de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando no formen parte de su sustancia material (art. 145.6.b)), como por ejemplo de las herramientas transformadoras de materias primas (capital), la eficiencia energética (tecnología), o la mano de obra (trabajo), factores todos ellos que intervienen en los procesos productivos, de prestación o de comercialización, libremente combinados bajo fórmulas de producción que, en realidad, no forman parte de la sustancia material, pero inciden de un modo relevante en la calidad, durabilidad, funcionalidad, ahorro de costes de mantenimiento y, finalmente, fácil desmantelamiento de los bienes, con menores impactos ambientales.

De este modo, la definición del objeto a través de las especificaciones técnicas, la presentación de ofertas por los licitadores, adecuadas al objeto del contrato, y la formulación de criterios de adjudicación vinculados al mismo,

tanto en aspectos inherentes, como en procesos previstos en otras etapas de su ciclo de vida y determinantes de su calidad; forman una tríada o círculo virtuoso y equilibrado, preciso para la obtención de ofertas de la máxima calidad-precio, y satisfacer la necesidad pública que se pretende con el contrato. En este círculo cerrado de la compra de calidad, se entenderán comprendidos en el *ciclo de vida* de un producto, obra o servicio (artículo 148 de la LCSP 2017), *“todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso: la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que esta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización.”*. El *ciclo de vida* incluirá los costes, sufragados por el órgano de contratación, o por otros usuarios, relativos a la adquisición<sup>616</sup>, utilización, como el consumo de energía y otros, el mantenimiento y los imputables a su final de vida, tales como los costes de recogida y reciclado; revelando de este modo los costes reales de un contrato, y llegando a la conclusión, nada desdeñable para el órgano de contratación, de que la opción más ecológica es asimismo más barata a lo largo de todo el ciclo de vida, prueba ideal para la adopción de decisiones informadas, lejos, como venimos manteniendo, de la convicción, a modo de tautología, que establece el artículo 1º de la LCSP 2017, sobre la introducción de criterios sociales y ambientales y su incidencia en el binomio calidad-precio y eficiencia en el gasto público<sup>617</sup>.

<sup>616</sup> Recordemos que el precio de adquisición es el que pagamos a la entrega del bien o el servicio, que no incluye los costes en los que incurrimos por mantenimiento, consumo, ni por reposición del mismo al final de su vida útil. A su vez, este último, dependiente de su calidad o tiempo de obsolescencia; determinantes todos ellos del concepto “valor”, más rico para la apreciación de la ventaja económica y también social que conlleva el contrato. Una perspectiva como la tradicional -dice PERNAS-, basada sólo en el precio de compra, puede motivar decisiones de compra ineficientes desde un punto de vista tanto económico como ambiental.

<sup>617</sup> El citado *Manual de Contratación Pública ecológica* dice en su apartado 2.2. “Principios básicos de la contratación pública”, que “Los órganos de contratación tienen la obligación de garantizar la mejor relación calidad/precio al invertir el dinero de los contribuyentes en todo cuanto adquieran. La identificación de la propuesta más ventajosa desde el punto de vista económico no significa necesariamente elegir únicamente la oferta más barata. Significa encontrar una solución que satisfaga los requisitos que haya identificado, incluidos los medioambientales, de la forma más rentable. La mejor relación calidad/precio no solo mide el coste de los productos y servicios, sino que también tiene en cuenta factores como la calidad, la

Por CCV, según el *Manual de Contratación pública ecológica*, se entiende la consideración de todos los que se asumirán durante la vida útil del producto, la obra o el servicio, tales como el precio de compra y todos los costes conexos (prestación, instalación, seguro, etc.), gastos de funcionamiento, incluido el consumo de energía, combustible y agua, piezas de repuesto y mantenimiento; y costes al final de la vida útil, como el desmantelamiento o la eliminación. Tanto LÓPEZ TOLEDO<sup>618</sup>, como PERNAS<sup>619</sup>, se refieren a la Directiva 2009/33/CE, de 23 de abril de 2009, relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, y a la Ley de Economía Sostenible, para calcular los costes de la contratación pública de vehículos eficientes e incorporarlos a la decisión de compra, como criterios de adjudicación. *La Comunicación medioambiental*, al hablar de la evaluación de la oferta económicamente más ventajosa, dice que “se tendrán en cuenta los costes sobrevenidos durante el ciclo vital del producto y que corran de cuenta de la entidad adjudicadora”<sup>620</sup>. Y LAZO VITORIA<sup>621</sup>, menciona que “su aplicación permite realizar comparaciones válidas y más transparentes entre las distintas ofertas presentadas a los efectos de elegir aquella cuyo coste de ciclo de vida (y no el mero precio de adquisición) es menor.”. Nótese que el precio, como criterio de adjudicación, sólo o junto a otros, puede ser valorado bajo la fórmula que tenga en cuenta la cuantía

*eficiencia, la eficacia y la idoneidad para el fin perseguido. La protección del medio ambiente puede ser uno de estos factores y, por consiguiente, puede considerarse en pie de igualdad con otros a la hora de adjudicar el contrato.”.*

<sup>618</sup> LÓPEZ TOLEDO, Purificación, “La contratación pública verde y su nueva regulación en el derecho de la Unión Europea”. Pág. 3.

<sup>619</sup> PERNAS GARCÍA, J. José, *Contratación Pública Verde*, pág. 185.

<sup>620</sup> Entre ellos, señala: “los costes directos de funcionamiento (electricidad, agua y demás recursos utilizados durante toda la vida del producto); los gastos con vistas al ahorro (por ejemplo, inversiones para obtener un mayor grado de aislamiento a fin de ahorrar energía y, por consiguiente, dinero en el futuro); así como los costes de mantenimiento o reciclado del producto. Cuando evalúen las ofertas, los poderes adjudicadores pueden tener en cuenta también los costes de tratamiento de residuos o de reciclado.”

<sup>621</sup> LAZO VITORIA, Ximena, *Compra Pública Verde*, pág. 137. La novedad de fondo -dice la autora- recogida en el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, se refiere a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, sobre la base de un criterio único, puesto que la Directiva añade como criterio alternativo al precio, el coste. “Elo significa que si el poder adjudicador opta por el citado sistema (determinación de OEV mediante un único criterio o parámetro de valoración) cuenta ahora con dos posibilidades: puede optar por el precio o el coste. Y si utiliza esta última alternativa, habrá de hacerlo basando su cálculo en el ciclo de vida.

satisfecha por la prestación o, en su caso, bajo una relación de coste-eficacia, en la que se tiene en cuenta el ciclo de vida del producto o servicio.

Otra Directiva, la 2009/125/CE<sup>622</sup>, considera que los productos relacionados con la energía representan una gran proporción del consumo de recursos naturales y de energía en la Comunidad y tienen impactos importantes sobre el medio ambiente; por ello, se propone fomentar la mejora continua de este impacto, evitando la transferencia de contaminación, cuando dicha mejora no suponga costes excesivos. En este sentido, el diseño ecológico de los productos constituye un elemento estratégico para obtener el mejor comportamiento medioambiental de los productos, manteniendo sus cualidades funcionales, y lograr así los objetivos de reducción de gases de efecto invernadero. Para lograrlo, la Directiva se propone actuar durante la fase de diseño de los productos relacionados con la energía, ya que la contaminación provocada durante el ciclo de vida del producto se determina en esta fase. El marco de requisitos comunitarios de diseño ecológico, aplicables a los productos relativos a la energía que introduce esta Directiva, contempla unas medidas de ejecución que deberán cumplir, entre otros, el criterio de no producir un impacto negativo significativo en los consumidores, en particular respecto a la asequibilidad y al coste del ciclo de vida del producto, que LÓPEZ BLANCO<sup>623</sup> interpreta comparando los ahorros de reducir el consumo energético a través de una mejora tecnológica aplicada a un producto, frente a los costes que generan las mejoras. No obstante, concluye la autora que *“Las políticas actuales de producto sostenible en la Unión Europea no permiten medir todos los impactos relevantes en el ciclo de vida de cualquier producto [...] Aún quedan ciertas áreas que mejorar en las metodologías que se están testando con el fin de asegurar la provisión de información veraz y comparable.”*

<sup>622</sup> Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se insta un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía.

<sup>623</sup> LÓPEZ BLANCO, Ana Patricia, “Aplicación del análisis de ciclo de vida a las políticas europeas de producto”, Capítulo 19 del libro *Compra Pública Verde*, Directora Ximena LAZO VITORIA, Ed. Atelier 2018, págs. 381-390.

La LCSP 2017, incluye también los costes imputados a externalidades medioambientales, vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición -dice la Ley- de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse, y anticipa una serie de condiciones que ha de cumplir el método de evaluación, tales como:

- “a) estar basado en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios; en particular, si no se ha establecido para una aplicación repetida o continuada, no favorecerá o perjudicará indebidamente a empresas determinadas;*
- b) ser accesible para todas las partes interesadas;*
- c) la información necesaria debe poder ser facilitada con un esfuerzo razonable por parte de las empresas, incluidas aquellas procedentes de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio o de otros Estados signatarios de algún otro Acuerdo Internacional que vincule a España o a la Unión Europea. Estos costes podrán incluir el de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático.”*

Con anterioridad, la *Comunicación medioambiental*, había definido las externalidades como *“los daños o beneficios que no son pagados ni por quien contamina ni por el beneficiario en condiciones normales de mercado. Se definen como: «los costes y beneficios resultantes de las actividades sociales y económicas de un grupo de personas que repercuten sobre otro, sin que el primer grupo tenga plenamente en cuenta dicha repercusión»*. A continuación, aclara la *Comunicación* que quien soporta las externalidades es la sociedad en su conjunto, razón por la cual, según aquella, no podrían considerarse como criterios de adjudicación, al faltar la inherencia propia al producto o servicio constitutivo del objeto del contrato. En su lugar recomienda la fijación de preferencias medioambientales (condiciones especiales de ejecución), en relación con la posible aparición de costes externos.

LAZO, nos da una clasificación de los costes de Ciclo de Vida, ordenándolos por costes directos, entre los que sitúa los costes de pre-adquisición, adquisición, utilización, mantenimiento y de final de vida, y costes indirectos, formados por las externalidades medioambientales, que Pedro LETÓN

GARCÍA<sup>624</sup> considera ampliamente consensuados en cuanto a las emisiones de gases de efecto invernadero y la mitigación del cambio climático.

Pese a todo, PERNAS<sup>625</sup>, mantiene que no es fácil calcular, por ejemplo, el consumo energético o los costes ambientales (externalidades) derivados de las emisiones contaminantes de un producto a lo largo de su ciclo de vida, al carecer los órganos de contratación de profesionales expertos en su aplicación, aportando como solución, además de la profesionalización del personal, la utilización de las ecoetiquetas, que ya incorporan en la homologación de sus productos el enfoque de ciclo de vida.

Mención aparte merece el método a utilizar para que, de un modo no discriminatorio e igual para los licitadores, seamos capaces de hallar el mejor rendimiento comparativo de las ofertas. A este método se refiere el artículo 68 de la Directiva 2014/24/UE, cuando en su párrafo 2. dice, que debe indicarse en los pliegos el que utilizará el poder adjudicador para determinar los costes de ciclo de vida, sobre la base de los datos que deben facilitar los licitadores. El propio considerando núm. 96 de la misma, se refiere al progreso que va experimentando la definición de métodos comunes para el cálculo de los costes del ciclo de vida<sup>626</sup>.

Existen igualmente multitud de herramientas<sup>627</sup> para el cálculo de la eficiencia energética de dispositivos electrónicos, térmicos o eléctricos, que mediante la

<sup>624</sup> LETÓN GARCÍA, Pedro, "Análisis del ciclo de vida: metodologías y aplicaciones", Capítulo 17 del libro *Compra Pública Verde*, Directora Ximena LAZO VITORIA, Ed. Atelier 2018, págs. 347-363.

<sup>625</sup> PERNAS GARCÍA, J. José, *Contratación Pública Verde*, pág. 299.

<sup>626</sup> En esta línea se insertaría la convocatoria abierta de licitación interinstitucional del Parlamento Europeo, comentada por Ximena LAZO, en *Compra Pública Verde*, con el objetivo de comprar los servicios de asistencia de contratación pública ecológica, para el desarrollo de una herramienta para el cálculo de coste del ciclo de vida (LCC), en la que se incluiría el cálculo de las externalidades, como cuatro categorías de impacto ambiental: salud humana, ecosistema, disponibilidad de recursos y cambio climático. Categorías que son susceptibles de monetizar. Véase: [https://ec.europa.eu/environment/gpp/news\\_archive\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/news_archive_en.htm)

<sup>627</sup> Una herramienta específica para TIC, según recoge el proyecto Life 12 ENV/ES/000222, GREEN TIC, ha sido desarrollada, probada y difundida gracias al trabajo sucesivo de tres proyectos financiados por el programa "Energía Inteligente para Europa" de la UE: Buy Smart (2009-2011), Buy Smart+ (2012-2014) y Green ProcA (2014-2016) y que contaban con un objetivo común: el fomento de la compra pública verde. En el apartado dedicado a compra y



inclusión de una serie de datos numéricos y de comportamiento como consumidor, ofrecen resultados fiables. Sin embargo, como dice LÓPEZ, han de mejorarse las metodologías para que la información sea comparable, algo inherente a un proceso de concurrencia competitiva, como lo es el de contratación pública.

Finalmente, aun considerando este presunto virtuosismo, que esconden los métodos de que atienden a la valoración de la relación coste-eficacia, basado en el ciclo de vida de los productos y servicios, y en el cálculo del impacto de las externalidades medioambientales, no se prodigan las experiencias de valoración, como criterios de adjudicación, bajo una relación de coste-eficacia, debido fundamentalmente al desconocimiento de los aspectos medioambientales de los productos, la obra o el servicio objeto del contrato, y aún mucho más del establecimiento de estándares con los que llevar a cabo un cálculo homogéneo de los datos durante todo el ciclo de vida de aquéllos, resultando de una mayor dificultad, si cabe, el cálculo de las externalidades, aunque solo las refiramos a las emisiones de gases de efecto invernadero. A lo más, suele tenerse en cuenta, como criterio de adjudicación, el ahorro o eficiencia energética obtenida en la utilización de un dispositivo informático, por ejemplo. Aspectos de este tipo o similares, distan, con mucho, de la pretensión integradora del ciclo de vida y externalidades medioambientales.

Como criterio único, considerado así en el artículo 145.5 de la LCSP 2017, y pese a que es posible su monetización, tiene escasas posibilidades, ya que está basado en un conjunto de criterios, no todos homogéneos (eficiencia energética, ahorro de agua, reciclado, reutilización, transporte), pese a la unidad funcional en la que se integran como sistema.

Esta realidad se refleja en las resoluciones de los TARCA, ausentes del tratamiento integral del ciclo de vida de un producto, una obra o un servicio como análisis del coste rentabilidad de los mismos. Incluso, si se habla de

cuantificar las externalidades medioambientales, los asuntos que han llegado a los TARC son bastante escasos, si bien, alguna Resolución, como la del TARC de la Junta de Andalucía 328/2019, de 10 de octubre, analiza un criterio de adjudicación consistente en la reducción cuantitativa y cualitativa de las *“externalidades negativas del servicio”*, de modo que obtendría la máxima puntuación aquella oferta que *“Realiza una propuesta muy detallada, más allá de lo expuesto en el PPT, que reduce externalidades negativas ambientales del servicio y propone un sistema de control exhaustivo y garantista de cumplimiento de los compromisos ambientales.”*. El criterio fue tenido en cuenta por el comité técnico encargado de la valoración de las ofertas, y al Tribunal le basta para rechazar el motivo de impugnación; aunque despache el asunto diciendo que *“lo que se valora son aspectos muy globales en el que los productos a utilizar pueden tener alguna influencia, sin que se precise nada más al respecto.”*. Justificación que se antoja insuficiente para el planteamiento del criterio de adjudicación, que debió contemplar fórmulas de valoración de impactos medioambientales indirectos, ya sean indicadores CO<sub>2</sub>, ahorro de agua y de energía, toxicidad y ecología de los productos de limpieza, o la utilización de máquinas y herramientas de motorización térmica, entre otros. Es decir, que tal y como apunta el artículo 148.2.b) de la LCSP 2017, ha de poder determinarse el valor monetario del criterio de adjudicación y estar basado en criterios verificables objetivamente, sin que sean discriminatorios.

Solo cuando el ciclo de vida se “descompone” en cualquiera de sus fases o hitos, se pueden localizar algunas Resoluciones, tales como la 692/2018 del TACRC, de 16 de agosto, en la que se aprecia de conformidad, como criterio de adjudicación, la idoneidad de medidas de eficiencia energética para los aparatos elevadores, determinante en la selección del adjudicatario; o la 713/2016, de 16 de septiembre, en la que se valora, igualmente de conformidad, como subcriterio de adjudicación, la descripción del sistema de información y control de consumos del Plan de ahorro y eficiencia energética, de los objetivos de consumo y de los indicadores de seguimiento.

Sin embargo, sí que puede reseñarse alguna buena práctica, como la contemplada en el proyecto Life 12 ENV/ES/000222, GREEN TIC<sup>628</sup>, para la reducción de la huella de carbono de las tecnologías de la información y la comunicación. El trabajo, desarrollado entre 2013 y 2016, con un presupuesto estimado de 1.455.240,00 euros, concluye con una serie de lecciones aprendidas en los ámbitos de la virtualización de centros de datos y puestos de trabajo, sensorización de la gestión ambiental de la ciudad, aplicación de las TIC en el ámbito educativo, y aplicación de políticas de impresión en oficinas<sup>629</sup>.

El proyecto desarrolla igualmente unos pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares<sup>630</sup> que contemplan los costes del ciclo de vida, que permiten comparar productos sobre la base de un precio que incluye no solo el de adquisición, sino los costes durante la fase de uso (energía consumida, consumibles, necesidades de mantenimiento y reparación) y de eliminación al final de su vida útil (tasa de recogida de residuos peligrosos). Costes que, según señala, el pliego, *“nos permitirán determinar realmente la oferta económicamente más ventajosa”*, debido a que aunque los productos

<sup>628</sup> Proyecto coordinado por la Fundación Patrimonio Natural de Castilla y León, que ha contado como socios a la Fundación San Valero (Aragón) y al Ayuntamiento de Logroño (La Rioja), con la contribución del instrumento financiero LIFE de la Unión Europea, Director del proyecto Jesús DÍEZ VÁZQUEZ, 2016. El proyecto ha servido para demostrar el alto potencial de la reducción de consumos energéticos que puede alcanzarse con el consumo responsable de las tecnologías de la información y la comunicación. En este sentido, el trabajo recoge el ahorro energético obtenido por el Ayuntamiento de Logroño, aplicando políticas de racionalización y modernización de equipos informáticos y de uso de impresoras y papel, consiguiendo un ahorro en dos años de aproximadamente 51 toneladas equivalentes de CO<sub>2</sub>.

<sup>629</sup> Son destacables las siguientes prácticas:

- Virtualización: reducción del número de equipos físicos con impacto directo en la reducción del consumo de energía. Ahorros conseguidos en el edificio PRAE: próximos al 30%, unos 5.000 kw/h anuales.
- Sensorización de la gestión ambiental de la Ciudad: Ahorro en el consumo de energía del alumbrado público de la ciudad de Logroño.
- Aplicación de las TIC al ámbito educativo: reducción de emisiones CO<sub>2</sub>, a través de la formación on line, y la gestión documental, evitando desplazamientos de los lugares de residencia a los centros educativos.
- Políticas de impresión en oficinas: reducción del número de impresoras individuales y sustitución por equipos multifunción. Difusión de buenas prácticas a los usuarios para la reducción del número de impresiones y copias en papel, compra verde de equipos de impresión e imagen.

<sup>630</sup> Documentos elaborados por Soledad GÓMEZ GONZÁLEZ, con la colaboración de Bernabé PALACÍN SÁENZ. Véase en:  
[http://www.lifegreentic.eu/sites/default/files/documentos/pliego\\_tipo\\_ordenadores\\_def.pdf](http://www.lifegreentic.eu/sites/default/files/documentos/pliego_tipo_ordenadores_def.pdf)

más ecológicos, pudieran tener un precio de adquisición más elevado, un mayor ahorro de energía durante su uso, una menor obsolescencia o unos menores costes de gestión como residuo, podrían arrojar un precio final más reducido que el de un producto tradicional, tal y como se ve en la siguiente figura:

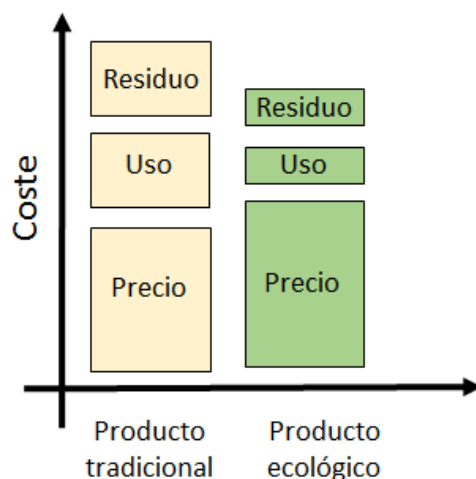


Ilustración 9. Producto ecológico vs producto tradicional. Proyecto LIFE

El pliego tipo, recoge una pormenorizada relación de criterios de adjudicación cualitativos, a valorar mediante juicio de valor que integran: los contenidos complementarios a los mínimos de información al usuario<sup>631</sup>; la posibilidad de reparación y disponibilidad de piezas, capacidad de expansión y actualización de los productos<sup>632</sup>; salud, seguridad y emisiones, partes metálicas, susceptibles de entrar en contacto con la piel, libres de níquel<sup>633</sup>;

<sup>631</sup> Valores máximos de potencia sonora, información sobre el diseño del equipo y detalles sobre las posibilidades de actualización, ampliación y reparación, información de reutilización o reciclaje, etc. Comprobación: mediante etiquetas ecológicas.

<sup>632</sup> Ampliación de la garantía del producto, disponibilidad de piezas de recambio, garantizada, durante al menos cinco años tras el cese de la fabricación del modelo, instrucciones claras sobre las opciones de reparación básica. Comprobación: compromisos firmados, copias de instrucciones y ecoetiquetas o equivalente.

<sup>633</sup> Emisiones de campos eléctricos y magnéticos, partes metálicas que puedan entrar en contacto con la piel durante el uso. Comprobación: ensayo que refleje los valores de la ficha técnica del producto, certificados del fabricante o ecoetiquetas o equivalente.

ergonomía<sup>634</sup>; consumo, eficiencia energética y rendimiento<sup>635</sup>; gestión del consumo eléctrico<sup>636</sup>; eficiencia de las fuentes de alimentación<sup>637</sup>; Ruido<sup>638</sup>; gestión al final de su vida útil<sup>639</sup>; diseño para el fin de vida: desensamblaje y reciclaje<sup>640</sup>; piezas de plástico y sus aditivos<sup>641</sup>; otras sustancias y mezclas tóxicas, peligrosas o problemáticas<sup>642</sup>; empaquetado-embalaje<sup>643</sup>; y trazabilidad<sup>644</sup>. Todos los criterios contienen la valoración máxima a alcanzar en puntos y, lo que es más importante, la metodología de comprobación.

### 3) El concepto de “economía circular”.

En el Capítulo II, apartado 1.2., nos hemos referido a la promoción de un medio ambiente sostenible y comentado sobre las ventajas de una consideración 360º en la vida de los productos, obras y servicios, desde su extracción hasta su reutilización o reciclado, introduciéndolos en un nuevo ciclo productivo, de comercialización y explotación.

<sup>634</sup> Criterios de ergonomía más estrictos. Comprobación: ecoetiquetas o equivalente.

<sup>635</sup> Mejora de parámetros de eficiencia energética establecidos en la versión más actualizada de la norma Energy Star para ordenadores. Comprobación: ficha técnica o expedientes técnicos del fabricante.

<sup>636</sup> Cumplimiento de los requisitos de gestión del consumo eléctrico establecidos en Energy Star y etiqueta ecológica de la UE, relativos a la habilitación para la activación por LAN. Comprobación: ficha técnica o expedientes técnicos del fabricante.

<sup>637</sup> Eficiencia energética de las fuentes de alimentación internas y externas, establecidos en el programa Energy Star de la UE para ordenadores. Comprobación: ficha técnica o expedientes técnicos del fabricante.

<sup>638</sup> Reducción de los niveles de potencia sonora. Comprobación: ficha técnica o expedientes técnicos del fabricante.

<sup>639</sup> Sistemas de retorno, que permitan la devolución de los productos al final de su vida útil. Comprobación: etiqueta medioambiental.

<sup>640</sup> Materiales plásticos y metálicos de la carcasa y el chasis susceptibles de recuperación técnica para su reciclado. Porcentaje en peso. Comprobación: declaración del fabricante, ensayos técnicos o ecoetiquetas o equivalente.

<sup>641</sup> Carcasas, circuitos impresos y cables, libres de polímeros halogenados. Comprobación: certificado del fabricante, informes técnicos y ensayos y ecoetiquetas o equivalente.

<sup>642</sup> Ausencia de plata como biocida en superficies y pantallas táctiles. Reducción de emisiones GEI en las pantallas de cristal líquido de los ordenadores. Comprobación: certificado del fabricante, informes, ensayos técnicos y ecoetiquetas o equivalente.

<sup>643</sup> Aumento, hasta al menos un 80%, del contenido en material reciclado post-consumo de las cajas de cartón. Aumento, hasta al menos un 75%, del contenido de material reciclado de las bolsas de plástico del embalaje final que no sean biodegradables o compostables. Comprobación: descripción del envase y ecoetiquetas o equivalente.

<sup>644</sup> Disponer de un sistema de trazabilidad de la producción del ordenador. Comprobación: prueba documental y ecoetiquetas o equivalente.

La economía circular, según la Fundación para la Economía Circular<sup>645</sup>, “es un concepto económico que se interrelaciona con la sostenibilidad, y cuyo objetivo es que el valor de los productos, los materiales y los recursos (agua, energía, etc.) se mantenga en la economía durante el mayor tiempo posible, y que se reduzca al mínimo la generación de residuos. Se trata de implementar una nueva economía, circular -no lineal<sup>646</sup>-, basada en el principio de cerrar el ciclo de vida de los productos, los servicios, los residuos, los materiales, el agua y la energía”. Para la Fundación, la economía circular descansa en varios principios, tales como la eco-concepción en la consideración de los impactos ambientales, a lo largo del ciclo de vida de los productos; la ecología industrial y territorial, caracterizada por la gestión de stocks y flujos de materiales, energía y servicios; la funcionalidad, que privilegia el uso frente a la posesión y del que es complementario el segundo uso, al reintroducir los materiales en el circuito económico de productos que han perdido actualidad; la reutilización de productos para elaborar otros nuevos; la reparación, que alarga el uso, en una segunda vida, de los productos estropeados; el reciclaje, que aprovecha materiales de desecho; y la valorización, que aprovecha energéticamente los residuos que no se pueden reciclar.

*La Estrategia Europa 2020*<sup>647</sup>, se pregunta *¿“Dónde queremos que esté Europa en 2020?”*, y responde que el núcleo de la estrategia debería estar constituido por tres prioridades, entre las que cita el crecimiento sostenible, que define como *“promoción de una economía que utilice más eficazmente los recursos*<sup>648</sup>, *que sea verde y más competitiva.”*, aunque, como sabemos,

<sup>645</sup> Véase en Internet: [https://economiecirculaire.org/wp/?page\\_id=62](https://economiecirculaire.org/wp/?page_id=62)

<sup>646</sup> Modelo basado, según Gorane IBARRA en la secuencia producir-consumir-tirar. Los recursos naturales son extraídos de la naturaleza, se convierten en productos y servicios, y al final de su vida útil se desechan. Las formas de tratamiento más habituales en este modelo son el almacenamiento en vertederos o la incineración, prácticas que hipotecan el medio ambiente y desaprovechan las materias primas que pueden extraerse de los residuos. (Curso: Criterios ambientales y de economía circular en la contratación pública, Valladolid, 12 de diciembre de 2018)

<sup>647</sup> Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada “Europa 2020 ...”

<sup>648</sup> La Comisión propone entre sus objetivos principales, una iniciativa emblemática: *“Una Europa que utilice eficazmente los recursos»*, para ayudar a desligar crecimiento económico y utilización de recursos, apoyar el cambio hacia una economía con bajas emisiones de carbono, incrementar el uso de fuentes de energía renovables, modernizar nuestro sector del transporte y promover la

la eficiencia por sí sola no sea suficiente<sup>649</sup>. Para ello, propone revisar la normativa, *“para apoyar la transición de los sectores de servicios y manufacturas a un uso más eficaz de los recursos, como por ejemplo, mediante un reciclado más efectivo.”*

La Comisión Europea<sup>650</sup>, hace hincapié en la necesaria transición a una economía más circular, apelando a una de sus características, como es que el valor de los productos, materiales y los recursos se mantengan en la economía durante el mayor tiempo posible, reduciendo al mínimo la generación de residuos y generando nuevas ventajas competitivas y sostenibles para Europa. Esta Comunicación, incorpora un plan de acción de la UE para apoyar la transición hacia una economía circular<sup>651</sup>, y reserva un

*eficacia energética.”* Estas metas, según el *Programa de Compra y Contratación Pública Verde del País Vasco 2020*, Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, edición septiembre de 2016, *“se trasladan a la compra pública mediante la introducción de nuevos enfoques de contratación, como por ejemplo la «compra circular» en la que se rediseñan los procesos de contratación para cerrar el ciclo de los materiales (p.e. la adquisición de ropa de trabajo con un porcentaje de fibras recicladas provenientes de los uniformes substituidos); o el paso de la compra de productos a la contratación de servicios para hacer un uso más eficiente de los recursos (p.e. el leasing de moquetas en vez de su adquisición).”*

<sup>649</sup> La Fundación para la economía circular, mantiene que *“la parte integral del enfoque de la UE para la eficiencia de los recursos debe desmarcarse de la economía lineal -donde se extraen los materiales de la tierra para fabricar los productos, usarlos y luego eliminarlos-, hacia una economía circular -donde los residuos y los subproductos, del final de vida de los productos usados, entran de nuevo en el ciclo de producción como materias primas secundarias. En definitiva, el uso de residuos como la principal fuente de materia prima fiable es esencial para la Unión Europea.”*

<sup>650</sup> COM (2015), 614 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular.*

<sup>651</sup> El Plan se centra en medidas a escala de la UE con un alto valor añadido, que contribuye a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) antes de 2030, en particular el objetivo 12, con vistas a garantizar modelos sostenibles de consumo y producción. Su estructura contempla: 1. La producción, como punto inicial de la vida de un producto, desde su diseño, que influye en la durabilidad o facilidad de reparación, del que los productos eléctricos y electrónicos son un claro exponente, hasta los procesos de producción, que deben prestar atención a las repercusiones medioambientales y sociales, sustituyendo las sustancias y productos químicos preocupantes. 2. El consumo, cuyas decisiones de millones de consumidores, determinadas por la información a la que tienen acceso, pueden repercutir en apoyo o detrimento de la economía circular. El etiquetado de los productos y su huella de carbono, permite ayudar a los consumidores a elegir los más eficientes, incluida su durabilidad. Adquirido el producto, puede aumentarse su vida útil a través de la reparación y reutilización, prácticas que tienden a evitar despilfarros. El Plan se refiere, igualmente, a que ciertas formas innovadoras de consumo, tales como compartir productos o infraestructuras, consumir servicios en lugar de productos, o utilizar las plataformas informáticas o digitales, pueden apoyar el desarrollo de la economía circular. 3. La gestión de residuos, y su modo de recogerlos y gestionarlos puede dar lugar a altas tasas de reciclado y a que sus materiales más valiosos retornen al flujo productivo, evitando que residuos reciclables terminen en vertederos o incinerados. 4. “De residuos a recursos”, derivados de

papel clave a la contratación pública ecológica, elaborando unos criterios a escala de la UE que posteriormente serán utilizados de forma voluntaria por las autoridades públicas, haciendo hincapié en aspectos pertinentes de la economía circular como la durabilidad y la reparabilidad, al establecer o revisar los criterios. Para ello, pretende servir de ejemplo con su propia contratación. No obstante, como dice SANTAMARÍA ARINAS<sup>652</sup>, *“ya en 2014 la Comisión asume el «cambio sistémico completo» que implica la «evolución hacia una economía más circular»; entendiéndolo por tal aquella que mantiene el valor añadido de los productos el mayor tiempo posible y excluye los residuos”*.

En esencia, comenta GÓMEZ, *“la economía circular habla del aprovechamiento de los materiales tantas veces como sea posible y la tendencia a no generar ningún residuo (residuo cero). Habla de que todo vale de una forma u otra y que lo que para unos es un residuo puede ser una materia prima para otros.”*

Relevantes consideraciones las de esta autora, que van más allá del concepto de ciclo de vida que hemos visto, para situarse en un plano superior del aprovechamiento de las materias primas y, en general, del ciclo productivo.

materiales reciclables que se reinvierten en la economía como nuevas materias primas. Son las materias primas secundarias que, todavía, representan una pequeña proporción de los materiales utilizados en la UE., salvo en papel o metal, cuya demanda comienza a ser elevada. 5. Áreas prioritarias, como los plásticos, requieren incrementar su reciclado. Para ello es importante contar con sistemas inteligentes de recogida separada, al objeto de desviar los plásticos reciclables de los vertederos y la incineración hacia el reciclado. La innovación en el ámbito de los plásticos -dice el Plan- *puede contribuir a la economía circular al favorecer la mejor conservación de los alimentos, mejorar el reciclado de los plásticos o reducir el peso de los materiales utilizados en los vehículos*; o cómo los residuos alimentarios, que aparecen en la producción, la distribución y el almacenamiento de alimentos, repercuten en el medio ambiente, o las materias primas críticas, presentes a menudo en los dispositivos electrónicos, para las que es necesario mejorar la reciclabilidad, mediante el diseño de los productos; o la construcción y demolición, acciones que generan las mayores fuentes de residuos en Europa; biomasa y bioproductos, basados en recursos biológicos pueden utilizarse para una amplia gama de productos, comportándose como una importante alternativa a los productos y la energía derivados de combustibles fósiles. 6. Innovación, inversión y otras medidas horizontales, como elementos clave de este cambio sistémico en que consiste la economía circular. 7. Seguimiento de los avances hacia una economía circular, para lo que es necesario disponer de indicadores fiables que reflejen los principales elementos de la misma.

<sup>652</sup> SANTAMARÍA ARINAS, René, “Economía circular: líneas maestras de un concepto jurídico en construcción”, *Revista Catalana de Dret Ambiental* Vol. 10 Núm. 1 (2019): Monogràfic. Pág. 5.



Este aprovechamiento continuo, mejora la estimación del binomio coste-eficacia previsto en el artículo 145.1 de la LCSP 2017, como criterio económico que, además del precio, considera otros costes que se producirán durante su vida útil. Pues aquí ya no se trata sólo de considerar el valor de los productos, frente al precio que pagamos por ellos al adquirirlos, sino de superar esta apreciación para tener en cuenta un valor social, de carácter medioambiental, en el que no solo nos preocupamos por llegar hasta la gestión de los residuos, sino de su recuperación, reciclado y reutilización, esto es, de su reintegración al círculo productivo, como materia prima, a partir de la cual vuelve a desarrollarse un nuevo ciclo de vida, tendiendo, como dice Soledad GÓMEZ, a no generar ningún residuo.

El problema, una vez más, surge en cómo valorar este círculo virtuoso, tendente al residuo cero. Hasta qué punto pueden considerarse beneficios para el órgano de contratación, la reintegración en el círculo de las materias primas obtenidas con el reciclado de los desechos producidos en el ciclo anterior. Son cuestiones para las que no hay otras respuestas que la medición de externalidades ambientales, de impactos que el consumo de bienes y servicios por la Administración tienen para la sociedad en su conjunto. De ahí que el beneficio social, por medioambiental, haya de contemplarse como la suma agregada de distintas acciones de este tipo, llevadas a cabo por el conjunto de órganos de contratación de un territorio, sin considerar impactos más locales, que por las propias características de los mismos, no pueden delimitarse espacialmente.

Es por ello que, en la práctica, como decíamos más arriba, la introducción de aspectos ambientales, como criterios de adjudicación, se refieren a características incompletas de lo que podríamos llamar determinantes medioambientales, tales como la eficiencia energética, el ahorro de agua y energía, la utilización de fuentes de energía renovables, o el mantenimiento de recursos naturales, aspectos todos ellos que, formando parte del proceso de la economía circular, son considerados por los órganos de contratación como hitos aislados, a sabiendas de que con su establecimiento se contribuye

a la reducción de impactos medioambientales. Aunque, el verdadero valor, como estadio superior de la compra pública ecológica, surgirá cuando cada órgano de contratación esté en disposición de “*hacer girar*”, la rueda de la economía circular en la prestación de un servicio, la construcción de una obra o la fabricación de un producto o, si esto no es posible, quizás mediante la compra convenida entre varios poderes adjudicadores, que no solo se benefician de las economías de escala, sino también de la reducción de los impactos medioambientales.

En la siguiente imagen pueden apreciarse las diferencias entre una economía lineal y circular, que suma una fase de revalorización después del desechado, según explica IBARRA:

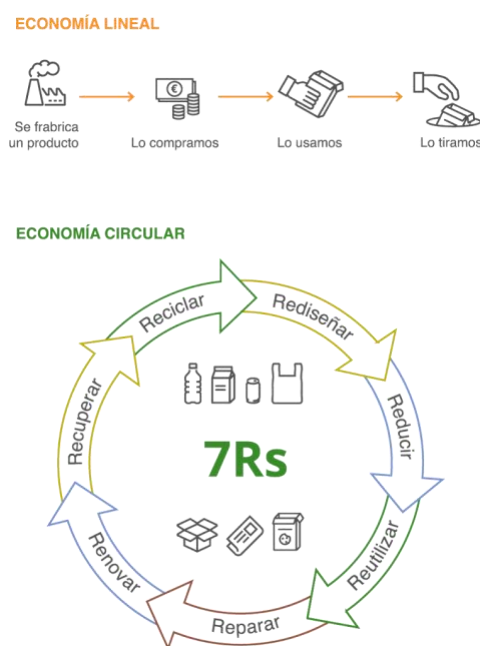


Ilustración 10. Economía circular vs economía lineal. Fuente Ecoembes

Por su parte, GARBAJOSA ESCALERA<sup>653</sup>, nos indica: “*en la actualidad, se trabaja en el diseño orientado a la reparabilidad y reciclabilidad en línea con los principios de la economía circular. Los productos han de ser diseñados y*

<sup>653</sup> GARBAJOSA ESCALERA, Laura, “Ecodiseño y análisis de ciclo de vida aplicado en BSH Electrodomésticos España, S.A.”, Capítulo 18 del libro *Compra Pública Verde*, Directora Ximena LAZO VITORIA, , Ed. Atelier 2018, págs. 365-379.

*optimizados para tener ciclos de desensamblaje y reutilización que permitan su correcta gestión durante la fase de uso del electrodoméstico y en fin de vida.”.*

El *Programa de Compra y Contratación Pública Verde del País Vasco 2020*, considera como beneficios para la Administración, el logro de metas ambientales y la reducción de impactos, el ahorro económico al considerar los costes de ciclo de vida, el mantenimiento de un entorno de trabajo saludable y la mejora de su imagen pública. Para el sector privado, ofrece incentivos a la industria para la innovación y ayuda a establecer estándares ambientales para productos y servicios. Para la sociedad en general, reduce el precio de los productos y mejora la calidad de vida de los ciudadanos.

Ventajas o beneficios que se dan por presumidos de una aplicación racional y coherente de los procesos de contratación pública ecológica, pero que, como insistimos en esta Memoria, tantas veces, habrán de probarse en la memoria de necesidad del contrato. Nadie duda de que la consideración del ciclo de vida de un producto o de una obra puede producir ahorros, al tener en cuenta otros costes asociados del Capítulo II del presupuesto público (compra de bienes y servicios), como el mantenimiento, pero tampoco hemos de dudar respecto a que puede resultar más beneficioso para el órgano de contratación un precio más asequible, no obstante el consumo, el mantenimiento y la gestión de los residuos posteriores imputables al mismo producto u obra. Lo que ya no admite comparación es el cómputo de externalidades generadas a la ciudadanía, y ajenas al órgano de contratación y al contratista, y tampoco la consideración del proceso circular de la economía, pues en ambos casos, frente al mejor precio, siempre habrá que considerar los menores impactos ambientales, como valor superior a proteger, por corresponsabilidad social con la preservación del espacio natural sobre el que se desarrolla la vida humana. Y esto, tendrá, seguramente, un mayor coste, y una mayor dificultad de cálculo, pero también un mayor beneficio; sin

perder de vista, que su aplicación -dice SANTAMARÍA ARINAS<sup>654</sup>- “presupone cambios que han de afectar a los recursos disponibles (“capital natural”), a su administración (pública y privada) e incluso a la rama de las ciencias sociales que se ocupa de todo ello (Economía política). Es improbable que tales cambios se produzcan sólo con el libre juego de la oferta y la demanda por lo que las transformaciones que impulsa han de ir más allá de lo puramente económico.”

Con PERNAS<sup>655</sup>, nos referimos finalmente a los límites al uso de cláusulas ambientales en las diferentes fases del proceso de la compra pública verde. Clasificación que puede resumirse en los siguientes puntos:

- Necesidad de que los criterios medioambientales de adjudicación se vinculen al objeto del contrato, tanto en el concepto amplio como estricto que hemos visto en esta Memoria, esto es, que pueden referirse a la prestación material propiamente dicha (sustancia material) o al método o forma de producción, social y medioambientalmente sostenible o justa.
- Deben respetar las exigencias de los principios de igualdad, no discriminación, de transparencia y publicidad, y no deben otorgar al órgano de contratación una libertad de elección ilimitada.
- No debe exigirse al licitador una etiqueta medioambiental concreta o certificado de gestión medioambiental, y debe permitirse la acreditación a través de medios equivalentes de prueba.
- La especificidad y el carácter complejo de las cláusulas y criterios ambientales pueden plantear problemas de verificación del cumplimiento a los órganos de contratación.
- Los criterios de adjudicación de carácter medioambiental deben estar recogidos en el PCAP o en el anuncio de licitación.

<sup>654</sup> SANTAMARÍA ARINAS, René, “Economía circular: líneas maestras de un concepto jurídico en construcción”, pág. 33.

<sup>655</sup> PERNAS GARCÍA, J. José, “Contratación pública y eficiencia energética”, págs. 297-298.

A los que nosotros añadimos:

- El establecimiento de cláusulas verdes sin justificación de una mejor relación calidad-precio de la oferta, así como una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.
- La fijación de conceptos abstractos de valoración como el ciclo de vida o las externalidades como impacto ambiental, sin la correspondiente asociación a una fórmula clara, justificada y de fácil interpretación, que sirva para evaluar el rendimiento comparativo de las ofertas.
- La falta de profesionalización del personal al servicio del órgano de contratación por desconocimiento de las posibilidades de utilización del marco regulador medioambiental, así como de los mecanismos contractuales habilitados.
- La falta de control de seguimiento y ejecución de los contratos, especialmente cuando en su valoración se han tenido en cuenta características medioambientales.

#### **2.4. Preponderancias en la valoración.**

La preponderancia nos habla de pesos, concretamente del mayor peso o importancia que un conjunto de criterios de adjudicación tiene frente a otros. Del supuesto se ocupa el artículo 146 “Aplicación de los criterios de adjudicación” de la LCSP 2017, regulando el supuesto de utilización de varios criterios de adjudicación, para establecer que se dé *“preponderancia a aquéllos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes, obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.”*

También el Considerando núm. 89 de la Directiva 2014/24/UE, utiliza el concepto de preponderancia para la selección económicamente más ventajosa, puesto que, como dice, *“en último término, todas las ofertas ganadoras deben haberse escogido con arreglo a lo que el poder adjudicador considere la mejor solución, económicamente hablando, entre las recibidas.”*

Sucede, sin embargo, que el mismo considerando explica que para evitar confusión entre lo que se entiende como *oferta económicamente más ventajosa* en las Directivas 2004/7/CE y 2004/18/CE, procede utilizar una terminología distinta para abarcar dicho concepto: *la mejor relación calidad-precio*, que debe interpretarse a la vista de la jurisprudencia. En el siguiente considerando, el 90, establece ya una clara relación entre oferta económicamente más ventajosa y la mejora de la relación calidad-precio, que incluirá siempre un elemento de precio, coste, o coste-eficacia.

La expresión, un tanto desafortunada en cuanto a su construcción lingüística, ha sido criticada por SOLA TEYSSIERE<sup>656</sup>, ya que, según dice, “*da la sensación de que se fuerza [...] el valor de la expresión «oferta económicamente más ventajosa», haciéndola bascular desde una perspectiva economicista primero, para pasar luego a un uso de la misma más vinculado a lo cualitativo, cerrando finalmente el círculo destacando de nuevo su veste económica.*”. En realidad, se trata de una reminiscencia de la visión excesivamente economicista o hacendística, por contraposición a otra estratégica que todavía sigue caracterizando la contratación pública, sobre la base de preeminentes principios de libre competencia y establecimiento.

No obstante, esa preponderancia de los criterios evaluables mediante fórmulas, el legislador interno ha previsto para los procedimientos abierto y restringido, el caso contrario; esto es, que cuando los criterios evaluables mediante juicio de valor tengan una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, la valoración sea realizada por un Comité de expertos con cualificación apropiada, en ningún caso adscritos al órgano proponente del contrato.

<sup>656</sup> SOLA TEYSSIERE, Javier, “Las cláusulas ambientales como criterios de adjudicación del contrato”, págs. 125-161. El autor, citando a G. DOMÉNECH PASCUAL, señala que: “*la oferta económicamente más ventajosa, a los efectos de la normativa contractual, «es la que maximiza la satisfacción de los intereses públicos gestionados por la Administración contratante, aquella propuesta contractual que mejor y más eficientemente los sirve, que mayor utilidad reporta al conjunto de todos ellos»*”

Por lo que a esta Memoria interesa, se reflexiona sobre la preponderancia de la agrupación de criterios de carácter social y/o medioambiental, frente al resto, cualitativos, o valorables mediante la aplicación de fórmulas matemáticas. Ciertamente, que como dice MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, la ponderación de los aspectos cualitativos no tiene por qué implicar necesariamente que su valoración se haga con criterios no matemáticos, -o de juicio de valor, añadimos nosotros-, ya que perfectamente pueden medirse aspectos cualitativos mediante fórmulas<sup>657</sup>.

En todo caso, el diseño de los criterios de adjudicación debe orientarse a obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, y esto se logrará mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores, vinculados al objeto del contrato, según expresa el preámbulo de la LCSP 2017. Con la ponderación, lo que se persigue es la obtención de la oferta más ventajosa en términos de calidad-precio, respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, en competencia efectiva, y sin conferir al órgano de contratación una libertad de elección ilimitada, como hemos visto con anterioridad.

La LCSP 2017, en su artículo 145.4, se refiere a los contratos de servicios del Anexo IV<sup>658</sup>, así como a los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, para establecer que los criterios cualitativos deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las

<sup>657</sup> MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José M., "Los criterios de adjudicación y su valoración", *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 23/2017, de 15 de diciembre, Editorial Wolters Kluwer Pág. 3. Señala el autor: "Así, la ampliación del plazo de garantía es un criterio objetivo de valoración de la calidad; el mayor número de trabajadores de determinado colectivo que se contraten; la mayor inversión en eliminación de barreras arquitectónicas; la menor emisión de determinado tipo de gases; el menor consumo de combustible o de agua; etc.

<sup>658</sup> Son los relativos a servicios sociales y de salud y servicios conexos, servicios administrativos, culturales, seguridad social de afiliación obligatoria, prestaciones sociales, servicios prestados por sindicatos, organizaciones políticas, asociaciones juveniles y otras asociaciones, servicios religiosos, hostelería y restaurante, servicios jurídicos distintos de los referidos en el artículo 19.2.d), servicios para la comunidad, servicios relacionados con las prisiones, seguridad pública y de salvamento distintos de los referidos en el artículo 19.2.f), servicios de investigación y seguridad, servicios internacionales, servicios de correos y diversos.

ofertas, sin perjuicio de la constitución, cuando proceda, del Comité de Expertos.

Del precepto puede extraerse ya una primera conclusión. En este tipo de contratos, no cabe la fijación de un solo criterio de adjudicación vinculado exclusivamente a precio o a coste, sino que serán varios los criterios, cualitativos y económicos, siendo los primeros preponderantes, al menos en un 51 por ciento. Ya después, si los cualitativos en esa ponderación, o superior, han de ser evaluados mediante juicio de valor, será necesaria, además la figura del Comité de Expertos. En otro caso, si los criterios cualitativos, aun siendo preponderantes, pueden evaluarse mediante fórmulas (plazo, índices CO<sub>2</sub>, mayor número de personas con discapacidad), no será necesaria su intervención.

De lo dicho, podría extraerse la conclusión de que el legislador opta por una preeminencia de los criterios evaluables mediante cifras o porcentajes, ya sean económicos o cualitativos, frente a los valorados mediante *juicio de valor*, otorgando clara preferencia, en virtud de los principios por los que se rige la contratación pública, al valor de la objetivación, eludiendo acciones que, aun pretendidamente objetivas, incorporan ciertos sesgos de las competencias técnicas de los empleados que realizan la valoración. Y sólo, cuando no es posible otorgar la mayor parte de la puntuación prevista, sea cual fuere la naturaleza de los criterios de adjudicación, de un modo objetivo e indiscutible, como es la aplicación de fórmulas, interviene el Comité de expertos, para garantizar al menos un juicio técnico especializado.

Por tanto, cuando se trate de servicios cuyo común denominador lo constituyen los que el preámbulo denomina *servicios a las personas*, esto es, ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos que, como veremos más adelante, pueden organizarse de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, o pueden reservarse a determinadas organizaciones que cumplan las condiciones previstas en la



disposición adicional cuadragésimo octava de la LCSP 2017<sup>659</sup>; los criterios cualitativos habrán de sumar, al menos, el 51 por ciento del total, pudiendo ser evaluados mediante fórmulas, *juicio de valor*, o un modelo mixto que incorpore ambas modalidades.

Sobre la preponderancia entre criterios cualitativos y económicos se han pronunciado los TARCs, considerando en algún caso que los criterios sometidos a juicio de valor son generales, sin certeza de qué aspectos de la oferta serán valorados (RTACRC, 429/2018, de 18 de mayo)<sup>660</sup>; o el posible fraude de ley cuando se establecen umbrales de saciedad, que impiden la distribución de todos los puntos previstos en los pliegos (RTACRC, 230/2018, de 12 de marzo)<sup>661</sup>; o, finalmente, el carácter preponderante de los criterios

<sup>659</sup> Organizaciones que han de cumplir todas y cada una de las condiciones siguientes:

*“a) Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado primero.*

*b) Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.*

*c) Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.*

*d) Que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.”*

<sup>660</sup> En la Resolución se anula la cláusula M1, que valora con hasta 45 puntos el *“Plan de Gestión de Riesgos y Seguros, así como la tendencia del mercado asegurador”*, al considerar el Tribunal que *“los dos criterios sujetos a juicio de valor, a los que se asignan 45 de 100 puntos son generales, sin que de los pliegos se pueda deducir con suficiente certeza para los licitadores qué aspectos de la metodología o de la propuesta técnica de ejecución del contrato serán valorados y en qué cuantía”*. Asimismo, anula la cláusula M2, correspondiente a los criterios de valoración automática, con un máximo de 55 puntos, al considerar que los criterios de valoración mediante fórmulas son excesivamente cerrados *“y que producen el efecto de que la diferencia de puntuación entre los diferentes licitadores será muy reducida”* [...] *“no son los criterios de adjudicación el instrumento idóneo para disuadir bajas anormales o temerarias. Lo que por otra parte se corresponde con la finalidad de los preceptos legales que inciden en la materia que, por una parte, pretenden identificar y excluir las ofertas que razonablemente se consideren irrealizables, pero también y sobre todo, seleccionar la oferta económicamente más favorable.”*, dice el TARCR, citando otra de sus Resoluciones, la 326/2016.

<sup>661</sup> Estudia el posible fraude de ley que puede contener la fórmula de valoración aplicada a determinados criterios de adjudicación, entre ellos el precio, si partiendo de una preponderancia de estos frente a los evaluables mediante juicio de valor, se establecen umbrales de saciedad, que impiden el otorgamiento de todos los puntos previstos en los pliegos o en el anuncio. El Tribunal, sin anular la cláusula correspondiente, al estimar que no se da el caso de una *“reducción significativa de los márgenes entre las ofertas más caras y las más económicas”*, no obstante concluye considerando *“preferible una fórmula que asigne cero puntos a la oferta coincidente con el precio de licitación, y la máxima puntuación a la oferta más barata, repartiéndose el resto de los puntos de forma proporcional a la baja realizada.”*

de adjudicación valorables mediante fórmulas (TACP de Madrid, 277/2016, de 28 de diciembre).<sup>662</sup>

Como podemos apreciar en las Resoluciones anteriores, el común denominador de la doctrina de los TARC, en línea con las previsiones legales a las que hemos hecho referencia, es el valor de la objetividad y con él, el respeto de los principios de la transparencia, no discriminación e igualdad de trato, antes que una aparente preeminencia de lo económico, pues como hemos dicho, los criterios cualitativos no solamente se evaluarán mediante impresiones subjetivas que constituyen el juicio discrecional técnico de la Mesa de Contratación, o juicio de valor, sino también a través de cifras o porcentajes, mediante la aplicación de las fórmulas correspondientes. Sin embargo, tampoco es menos cierto, que los criterios cualitativos casan mayoritariamente con una evaluación de juicio de valor, e inusualmente con la aplicación de cifras o porcentajes, como resultado de aquéllas. De ahí que, en la práctica, y para los contratos con una perspectiva social o medioambiental, con el carácter estratégico que estamos defendiendo, se impondrá igualmente un principio economicista, que valora especialmente el criterio precio. Incluso, cuando se trate de servicios sociales contemplados en el Anexo IV, pues la preponderancia, en puntuación, exigida por el artículo 145.5 de la LCSP 2017 de los criterios cualitativos frente al resto, podrían seguir vinculados a este principio, si el pequeño margen de peso favorable para la calidad, se compensa con la automatización de alguno de estos.

<sup>662</sup> El Tribunal, ante una eventual convocatoria de nueva licitación, hace algunas consideraciones al órgano de contratación, recordándole el carácter preponderante de los criterios de adjudicación valorables mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos, y critica, de acuerdo con el PCAP, que la máxima puntuación de la oferta sea de 50 puntos, los mismos que los previstos para el resto de los criterios evaluables mediante juicio de valor. El mismo Tribunal, en su Resolución 361/2017, de 29 de noviembre, comprueba que el PCAP establece una pluralidad de criterios, conjugando el precio y otros aspectos relacionados con la calidad del producto, todos ellos valorables mediante la aplicación de fórmulas, y se refiere al artículo 150 del TRLCSP, que permite al órgano de contratación establecer uno o varios criterios de adjudicación, dando preponderancia a aquéllos que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes, a través de la mera aplicación de fórmulas matemáticas, establecidas en los pliegos. A la vista de estos fundamentos, considera que la atribución al criterio precio del 80% de la puntuación, es adecuada.

## 2.5. Los criterios de desempate

Concebidos como subsidiarios del proceso de valoración llevado a cabo durante la fase de adjudicación, los criterios de desempate, no interfieren en el sumatorio de valoración y de su ponderación como criterios cualitativos o matemáticos. Su función, consiste en la selección de uno, entre dos o más licitadores, que empatan en puntuación, una vez concluido el proceso de aplicación de valores a los criterios de adjudicación.

En este sentido, el artículo 147.1 “Criterios de desempate”, de la LCSP 2017, dice que: *“Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas.*

La LCSP 2017 diseña un procedimiento con dos vías de actuación. De un lado, y con carácter preferente, habrá de estarse a lo previsto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que se referirán a:

- a) Empresas que tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa<sup>663</sup>. Se valorará el mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

<sup>663</sup> El R.D.Leg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, establece en su artículo 4, que tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. El Acuerdo 13/2013, de 4 de julio, del TACP de Navarra, entiende que *“el criterio de preferencia para la adjudicación de un contrato en el caso de que exista empate entre dos o más licitadores, no se extienden necesariamente a todas las personas afectadas por un grado mayor o menor de discapacidad sino que, por el contrario, el artículo 8.2 antes transcrito, limita estas medidas a “aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades [...] deben limitarse a las personas afectadas por un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. [...] Y es que, si tal y como sostiene el recurrente, el criterio de desempate debiera aplicarse priorizando el número de trabajadores discapacitados con independencia de su grado de discapacidad, se daría el caso de que en caso de empate tendría prioridad un licitador que acreditase tener dos trabajadores afectados por un discapacidad del 5%, con respecto a otro licitador que tuviera un trabajador afectado por una discapacidad del 70%.*

- b) Proposiciones de empresas de inserción, reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre.
- c) Proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, en la adjudicación de contratos de carácter social o asistencial.
- d) Entidades reconocidas como Organizaciones del Comercio Justo, para productos en los que exista esta alternativa.
- e) Empresas que incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres<sup>664</sup>.

Subsidiariamente<sup>665</sup>, para el caso de falta de previsión en los pliegos, el desempate se resolverá mediante la aplicación de los siguientes criterios sociales:

- a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad, o el mayor número de trabajadores en inclusión.
- b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla.
- c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla.
- d) Sorteo, si persiste el empate, tras la aplicación de los criterios anteriores.

Nótese, cómo calificándolos el legislador de criterios de adjudicación específicos para el desempate, tienen diferente naturaleza que los propios a los que complementan. Si hemos dicho, hasta la saciedad, que los criterios de adjudicación forman parte del proyecto, propuesta o proposición concreta de los licitadores y, por tanto, perfectamente distinguibles de los criterios de solvencia, relativos a las capacidades subjetivas de los mismos, los criterios

<sup>664</sup> El TACRC, en su Resolución 258/2016 de 8 de abril, revisa un criterio de desempate que consistía en que los licitadores debían contar con la Marca Gallega de Excelencia en Igualdad, de acuerdo con lo establecido en los artículos 11 y 19 de la LG 2/2007; considerando que “a tenor del TRLCSP, del TFUE, de la LGUM, así como de los criterios de este Tribunal, la JCCA y la CNMC, es igualmente discriminatorio por razón del territorio en cuanto no permite aportar otros documentos que acrediten el cumplimiento de otros estándares de calidad equivalente emitidos por otras autoridades competentes distintas de las de la Comunidad Autónoma de Galicia, ya sean nacionales o de otro Estado comunitario o del Espacio Económico Europeo.”

<sup>665</sup> Véase GARCÍA ROMERO, María Belén, “Cláusulas de inserción laboral y contratación pública”, págs. 239 y ss.

de adjudicación específicos para el desempate no se refieren a las cualidades, precio o coste de la ofertas, contribuyendo a realizar un análisis comparativo de las mismas, sino que, por el contrario, nos hablan de las características de las empresas (de inserción, de comercio justo, entidades sin ánimo de lucro), y de sus plantillas (trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla) con independencia de si los trabajadores que computan para desempatar trabajarán, o no, al servicio del contrato. Únicamente, el supuesto del apartado e) de los previstos en los pliegos, *Empresas que incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, en sus proposiciones, puede tildarse de verdadero criterio de adjudicación.

A igual conclusión llegamos en la aplicación subsidiaria de criterios sociales previstos en el apartado 2 del artículo que comentamos, tales como porcentajes de mujeres trabajadoras, personas con discapacidad, menor número de contratos temporales, características todas ellas predicables del operador económico licitador y no del proyecto u oferta presentadas<sup>666</sup>.

Y, sin embargo, el inciso segundo del apartado 1. del artículo 147 citado, nos dice: *“Dichos criterios de adjudicación específicos para el desempate deberán estar vinculados al objeto del contrato [...]”*. Acaso, ¿no parece contradictorio?. Según hemos visto, en el amplio tratamiento que en esta Memoria se da a la vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato, estos han de referirse o integrar las prestaciones que deban realizarse, incluidos los factores que intervienen en los procesos productivos, de prestación o de comercialización, sus métodos o formas de producción; aspectos todos ellos que no se predicán de las características de una empresa, sino de su oferta<sup>667</sup>. *“Los criterios de preferencia son criterios de*

<sup>666</sup> La JCCA, en su Resolución 44/98, de 16 de diciembre, se pronuncia sobre este particular, diciendo que no se trata, en realidad, *“de un propio criterio de adjudicación sino que tiene el alcance más limitado de atribuir preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por empresas que tengan en su plantilla trabajadores minusválidos solo en el caso de que “dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación.”*

<sup>667</sup> En este sentido, el Acuerdo 119/2018, de 21 de noviembre, del TACP de Navarra, que dice: *“Al hilo de lo anterior, tal y como indica la reclamante, el artículo 99 LFCP prevé tales criterios en*

*desempate, no de adjudicación*”, mantiene también PERNAS GARCÍA, pues están vinculados con el sujeto y no con el objeto del contrato<sup>668</sup>.

Por su parte, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, prevé en su artículo 12 “Criterio de resolución de empates en la valoración de ofertas”, los supuestos de:

*“un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, siempre que este no sea inferior al 2 por 100; en su defecto o persistiendo el empate, a favor de la empresa con un menor porcentaje de trabajadores temporales, siempre que este no sea superior al 10 por 100, y persistiendo empate, a favor de la empresa que acredite la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género, o, en última instancia, a través de un sorteo.”.*

Con una más nutrida casuística, sin llegar a completar la prevista en la norma estatal, la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Navarra, incluye un listado en el que encontramos la acreditación de la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género, el mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad igual o superior al 33%, la consideración de empresa de inserción, el menor porcentaje de trabajadores eventuales, las entidades sin ánimo de lucro, las organizaciones del comercio justo, en los contratos con este objeto, y el sorteo<sup>669</sup>.

*orden a su aplicación para resolver empates en la valoración de las ofertas, siempre que así se haya previsto en el pliego, como sucede en el caso que nos ocupa. Circunstancia que evidencia, igualmente, la inexistencia de vinculación con el objeto del contrato, habida cuenta que una de las características que diferencia los criterios de desempate o preferencia de los criterios de adjudicación es, precisamente, que los primeros no precisan de tal vinculación.*

<sup>668</sup> PERNAS GARCÍA, J. José, *Contratación Pública Verde*. El autor recuerda, en la pág. 189 del texto, cómo la Comisión Europea considera que los criterios no vinculados con el objeto del contrato únicamente pueden “*tenerse en cuenta en la etapa de adjudicación sólo como un «criterio adicional» para elegir entre dos licitaciones equivalentes.*”.

<sup>669</sup> Un análisis comparado autonómico puede verse en DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma P. y MORENO MOLINA, José A., Cap. IV “Los contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad del libro *Contratación Pública Estratégica*, Director PERNAS GARCÍA, J. José., Ed. Aranzadi, S.A., 2013. Págs. 187-212.

## 2.6. Las ofertas anormalmente bajas

Nos hemos referido con anterioridad a la búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa, bajo el tinte específico de un principio economicista, aun cuando la ponderación de los criterios cualitativos se impone sobre los cuantitativos en los supuestos estudiados. Sin embargo, la regla general de búsqueda de la oferta más ventajosa presenta una excepción, la de considerar que no puede ser cumplida como consecuencia de bajas anormales o desproporcionadas, conteniendo *“valores económicos inferiores a lo razonable o que los diferentes elementos que la integran carecen de la adecuada congruencia entre sí.”*<sup>670</sup>

Dice el Considerando núm. 103 de la Directiva 2014/24/UE, que:

*“Las ofertas que resulten anormalmente bajas con relación a las obras, los suministros o los servicios podrían estar basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico. Cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, el poder adjudicador debe estar facultado para rechazar la oferta. El rechazo debe ser obligatorio en los casos en que el poder adjudicador haya comprobado que el precio y los costes anormalmente bajos propuestos resultan del incumplimiento del Derecho imperativo de la Unión o del Derecho nacional compatible con este en materia social, laboral o medioambiental o de disposiciones del Derecho laboral internacional.”*

Este Considerando se completa con otros anteriores, los núms. 18 y 40, referidos al control del cumplimiento de disposiciones del derecho ambiental, social y laboral, tanto al aplicar las disposiciones relativas a las ofertas anormalmente bajas, como a la ejecución de los contratos, aspecto este último que se refleja, como veremos en el artículo 149 de la LCSP 2017. La parte reguladora de la Directiva, establece en su artículo 69, que los operadores

<sup>670</sup> Resolución TACRC, 553/2019, de 23 de mayo. Sin embargo, dice el Tribunal, *“esta excepción no puede considerarse ilimitada. Por el contrario, la LCSP obliga a la entidad contratante a dar audiencia a los licitadores que hubieran presentado las mencionadas ofertas para poder determinar si, a pesar de su carácter anormalmente bajo o desproporcionado, pueden cumplirse, y a fijar con carácter objetivo cuáles son los parámetros que deben servir para considerar a la oferta incurso en la situación de anormalidad o desproporción.”*

económicos expliquen el precio o los costes propuestos en la ofertas, cuando éstas se presuman anormalmente bajas.

La Directiva prevé, en principio, la validez de toda oferta que cumpla con la normativa aplicable al objeto del contrato, pero se reserva la posibilidad de requerir a los licitadores incursos en presunción de temeridad, la acreditación de la faceta “competitiva” de su oferta, en aspectos relativos al ahorro, las soluciones técnicas, la originalidad, el cumplimiento de obligaciones (en materia medioambiental, social o laboral, subcontratación)<sup>671</sup> y la obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.

Sin embargo, las Directivas de contratación no dicen qué se entiende por oferta anormalmente baja, dejándolo en manos de los desarrollos nacionales de los Estados miembros. En este sentido, la LCSP 2017, advierte ya en su preámbulo que *“Se introducen normas más estrictas tanto en beneficio de las empresas como de sus trabajadores, de manera que las nuevas normas endurecen las disposiciones sobre esta materia en las denominadas ofertas «anormalmente bajas». Así, se establece que los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque no cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral.”*. Y el artículo 149 “Ofertas anormalmente bajas” de la misma, introduce un procedimiento para presumir la anormalidad de las ofertas, distinguiendo entre uno o varios criterios de adjudicación, estando en este último caso a lo que establezcan los pliegos<sup>672</sup>. Presumida la anormalidad de la oferta, sobre la base de idénticos criterios a los recogidos en la Directiva, se valorarán las justificaciones presentadas por los licitadores incursos en anormalidad, que rechazarán si se comprueba que son anormalmente bajas

<sup>671</sup> GIMENO FELIÚ, José M<sup>a</sup>, en *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Thomson Reuters, 1<sup>a</sup> edición 2014; llama la atención sobre la importancia de los fines sociales, *“que tratan de evitar ofertas muy económicas a costa del deterioro de derechos sociales.”*

<sup>672</sup> PERNAS GARCÍA, J. José, *Contratación Pública Verde*, pág. 187, mantiene que los costes derivados de las exigencias de la normativa ambiental, de las especificaciones técnicas y de las condiciones de ejecución del contrato pueden ser un criterio de referencia para la valoración del carácter normal y proporcionado de las ofertas.



porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen, por lo que a esta Memoria interesa, con las obligaciones medioambientales, sociales o laborales, en los ámbitos nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes.

Por tanto, el órgano de contratación aceptará o rechazará la oferta, no de un modo discrecional, sino previa verificación objetiva de que se cumplen los mandatos legales de tipo medioambiental, social, laboral<sup>673</sup> y de subcontratación, así como de mejoras ofertadas que han sido objeto de valoración en la fase de adjudicación del contrato, tales como compromisos de eficiencia energética, contratación de personas con discapacidad, medidas incluidas en un plan de igualdad, prevención de riesgos incrementalista, etc. Como bien señala ALBA PACHECO<sup>674</sup>, *“en la figura de las bajas temerarias también se plasma la utilización de la contratación pública como instrumento para implementar políticas públicas, de forma que se introducen cuestiones medioambientales, entre otras, para determinar si una oferta resulta justificada y es viable para dar cumplimiento a los términos del contrato.”*

Especial referencia merece el rechazo de las ofertas que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 que, no olvidemos, contempla las medidas pertinentes para garantizar que, en ejecución de los contratos, los contratistas cumplen las obligaciones aplicables, entre otras, de los convenios colectivos<sup>675</sup>. SERRANO

<sup>673</sup> El TACRC, en su Resolución 632/2018, de 29 de junio, reconoce, por evidente, que se produce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral, que tiene su reflejo en la obligación de indicar los costes salariales estimados a partir de la normativa laboral de referencia en los Pliegos, y a la hora de imponer el rechazo de las ofertas anormalmente bajas que no cumplan con la normativa laboral, incluyendo lo dispuesto en los convenios colectivos de carácter sectorial, y por ello considera que debe revisarse la doctrina sentada por él mismo en Resoluciones anteriores, a fin de incorporar las nuevas obligaciones de la LCSP 2017.

<sup>674</sup> ALBA PACHECO, Marta, “Las ofertas anormalmente bajas: Especial referencia a los criterios medioambientales”, Cap. 6 del libro Compra Pública Verde, Directora LAZO VITORIA, Ximena, Ed. Atelier 2018, págs. 145 a 162.

<sup>675</sup> La Resolución del TACRC núm. 553/2019 de 23 de mayo, se plantea si puede excluirse una oferta porque su baja incumple el convenio colectivo sectorial, aun cuando cumple el convenio que le es aplicable, el de empresa. El Tribunal, recordando el contenido del art. 149.4 de la LCSP 2017, que dice: *“en todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas por vulneran la normativa sobre subcontratación, o no cumplen las*

CHAMIZO<sup>676</sup> lo ha calificado como el “*uso de la legislación contractual y del clausulado de los contratos y de los procedimientos de adjudicación para imponer límites o incluso excepciones a la aplicación, en su ámbito objetivo de ciertas normas del E.T.*”. Se refiere, entre otras, a las que establecen la primacía del convenio de empresa sobre los convenios sectoriales. Recuerda el autor, que una decisión tan relevante como alterar, en el ámbito de los contratos públicos, la estructura de negociación colectiva, debiera contemplarse en una clara declaración legal, aunque nada de esto puede verse en la LCSP 2017.

Siguiendo a SERRANO CHAMIZO, lo cierto es que la LCSP 2017 contiene un grupo de preceptos, tales como: el art. 35.1.n), que se refiere a la obligación

*obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de los establecido en el artículo 201.”; considera que la empresa con convenio colectivo propio, no incumple normativa laboral alguna, basándose en el art. 84 del E.T., que goza de prioridad aplicativa en materia de salarios. Lo que daría lugar, según dice, a una práctica restrictiva de la competencia, “al impedir a una empresa hacer uso de una ventaja competitiva expresamente amparada por el ordenamiento jurídico, en detrimento de sus intereses y en beneficio de las demás empresas licitadoras [...] contravendría, a nuestro juicio, el tenor literal del artículo 69, en relación con el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE”.*

Menos explícita resulta la Resolución del mismo Tribunal, núm. 1072/2019, de 30 de septiembre, en la que se muestra más “tibio” con la aplicación de uno de los Convenios Sectoriales que pueden ser de aplicación, en perjuicio del convenio colectivo de empresa que aduce la UTE recurrente, si bien parece modulada por tratarse de un Convenio ajeno al sector objeto de contratación (no refleja la exigencia de los concretos perfiles de las personas intervinientes en su ejecución), y por la referencia del órgano de contratación a varios convenios colectivos sectoriales de aplicación. O también, la Resolución 3/2019, de 11 de enero, en la que vuelve a hacerse hincapié en la vinculación de la contratación pública a la normativa laboral, indicando que tal intensidad tiene su reflejo a la hora de imponer el rechazo de las ofertas anormalmente bajas que no cumplan con la normativa laboral, incluyendo los convenios colectivos de carácter sectorial, razón por la que el Tribunal justifica la revisión de su doctrina en resoluciones anteriores.

Por su parte el TACP de Navarra, en su Acuerdo 90/2018 de 11 de septiembre, manifiesta que “*ningún reproche merece, sino todo lo contrario, la decisión adoptada por la unidad gestora en orden al requerimiento de justificación de la oferta y su contenido, toda vez que el hecho de que la oferta económica no alcance al pago de los costes salariales establecidos no sólo constituye un indicio que pudiera poner en riesgo la correcta ejecución del contrato, sino una obligación legal recogida en el artículo 49.3 LFCP, que afecta a todos los licitadores y que exige que la oferta sea suficiente para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación del convenio sectorial que corresponda.*” avalando de este modo la previsión contenida en el PCAP, cláusula 3.2. que dice: “*Se advierte a los licitadores que la oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación del convenio sectorial que corresponda*” (el subrayado es nuestro).

<sup>676</sup> SERRANO CHAMIZO, Javier, “Reflexiones sobre las novedades de la LCSP en relación con los convenios colectivos sectoriales”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 154, marzo-abril 2018, Editorial Wolters Kluwer. Pág. 2.

de la empresa contratista de cumplir durante todo el período de ejecución del contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación; el art. 100.2, que alude a los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia; o el 201 que, como hemos visto, vela por el cumplimiento de los convenios colectivos. En todos ellos desaparece el marchamo de sectorial, que se refleja en un segundo grupo, como es el caso del art. 101.2, en el que se dice que en los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente, se tendrán en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación; del art. 102.3, referido igualmente a contratos donde el coste económico principal sean los costes laborales, deberán tenerse en cuenta los convenios colectivos sectoriales aplicables; del art. 122.2, relativo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en el que, entre otros, deberá incluirse la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y en el art. 149.4, que al citar la vulneración de la normativa laboral, incluye el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, si bien, en aplicación del art. 201, que solo se refiere a los convenios colectivos.

No podemos prescindir de la crítica relacionada con la técnica legislativa llevada a cabo y la falta de cohesión interna de los postulados de la LCSP 2017, en este aspecto. Pues, aunque quisiéramos establecer distintas agrupaciones entre preceptos de contenido económico y obligacional, nos encontraríamos con la imposibilidad de su encasillamiento. Así, si nos referimos a un contexto económico, obtenemos que para la fijación del presupuesto base de licitación, se habla del convenio laboral de referencia (art.100.2), y para la determinación del valor estimado, se citan los convenios colectivos sectoriales de aplicación (art.101.2). Asimismo, si nos referimos al contenido obligacional, la empresa contratista ha de cumplir con las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación (art. 35.1.n), o convenio colectivo sin mayores determinantes (art. 201), o convenio sectorial de aplicación (art.122.2) o, finalmente, el incumplimiento de los convenios

colectivos sectoriales vigentes (art. 149.4). Solo si nos atenemos a la interpretación que da el TACRC, en su Resolución 1464/2019 de 19 de diciembre de 2019, podríamos conciliar ambas referencias al convenio colectivo, sectorial y de empresa, por resultar adecuado, el convenio colectivo sectorial, para calcular el precio según los costes salariales establecidos, por ser el referente ordinario del sector, mientras que la obligación que se impone al adjudicatario del contrato ha de ser la de cumplir con las obligaciones salariales que deriven del convenio colectivo de aplicación.

El Tribunal se hace eco igualmente del art. 122.2 citado, que dispone:

*“En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán [...] la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; [...]”*

considerando que:

*“una interpretación literal de este precepto conduciría a que, en el caso de que el adjudicatario del contrato se rigiera por un convenio distinto del convenio sectorial, la celebración de un contrato del sector público supondría una alteración de las condiciones salariales de los trabajadores, dando lugar a una inaplicación parcial (sólo respecto de los trabajadores afectos a la ejecución del contrato) y temporal (sólo durante la ejecución del contrato) del convenio colectivo que resulta de aplicación. Ésta es una situación que no resulta compatible con nuestro derecho laboral y que castiga injustificadamente a entidades del sector público (ya que deben soportar unos costes salariales de sus contratistas superiores a los que soportará cualquier otro contratante).”*

SERRANO, sin embargo, encuentra un matiz diferenciador respecto al contenido obligacional del art. 122.2, y es que, en este caso, el efecto vinculante de esta cláusula solo se produciría en virtud del contrato en el que se inserte. Aunque concluye que el art. 122.2 es contrario al Derecho de la Unión Europea y a la jurisprudencia que lo interpreta<sup>677</sup>, y mantiene, “Por

<sup>677</sup> Sentencias, “Ruffert”, que “considera contraria al Derecho de la Unión una norma (en el caso, una ley de un «land» alemán) que exige a la entidad adjudicadora adjudicar contratos públicos

*mucho que se quiera incrementar el precio del contrato para garantizar derechos sociales, ello no significa que una parte de él vaya a llegar directamente a los trabajadores (sin embargo, sí hay certeza de que se va a incrementar la cuenta de resultados del adjudicatario mientras se incrementa el déficit del poder adjudicador).”*

Por su parte, MOLINA NAVARRETE<sup>678</sup>, encuentra una explicación en el carácter economicista, *hoy a superar*<sup>679</sup>, de la compra pública, como es la defensa de la libre competencia, “*fundamento raíz del Derecho Comunitario en materia de contratación pública (STJCE 3 de marzo de 2005, Fabricom S.A., C21/03 y C34/03), sería, pues, el principio a salvaguardar -art. 1 TRLCSP; art. 18.1 Directiva-, mientras que las “cláusulas sociales”, pese a su creciente papel, no podrían ser sino secundarias, sin poder pasar de un papel muy limitado, en aras de la continuidad del principio.”* El mismo autor, que no comparte en lo jurídico tanta resistencia y cautela al uso estratégico de las cláusulas sociales y laborales, con cita de la jurisprudencia del TS (STS 1301/2016 FJ sexto), mantiene que: “*es difícil no ver un uso sistemático de*

*de obras únicamente a las empresas que, en la licitación, se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios de que se trate, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la referida ejecución, dándose la circunstancia de que dicho convenio no es, según la legislación laboral alemana, aplicable a todas las empresas (no es de «aplicación general»)*”, y “Regio Post”, que establece “*que es una condición de ejecución aceptable para la legislación europea de contratación pública (entonces la Directiva 2004/18, hoy, como ya se ha dicho, la Directiva 2014/24) la impuesta por una norma que obliga a los licitadores a acompañar a su oferta un compromiso de pagar al personal que ejecutará el contrato público un salario mínimo y, esto es fundamental, fijado por dicha normativa.”* Critica el autor cómo las Cortes Generales “*han considerado indeseable en la LCSP lo que consideraron bueno en la Ley 3/2012 que dio al ET su actual redacción. En esta norma se «flexibilizó» la anterior estructura de la negociación colectiva, desplazando en gran medida la primacía del convenio sectorial, por entender que ello ofrecía a las empresas la posibilidad de reducir sus costes laborales y ajustarlos a sus necesidades productivas mediante la negociación de convenios de empresa y, en su caso, mediante descuelgues, pactados o no, alternativa que evitaría que dicho ajuste se tuviera que plasmar en destrucción de empleo. En cambio, ahora se estima que, cuando el comprador de los servicios es una entidad del sector público, esa argumentación no es válida o, al menos, que debe ceder ante otras consideraciones «socialmente estratégicas»*

<sup>678</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de «legitimidad» al de sus «límites», *Temas laborales*, núm. 135/2016, págs. 79-110.

<sup>679</sup> Cita el autor a la Sala Tercera del TS, S. 1301/2016, FJ Sexto, en el que refiriéndose a este tipo de normativa (norma foral alavesa sobre inclusión de cláusulas sociales), manifiesta “*ni nos dice de qué manera se han de distinguir las prescripciones de protección mínima de las restantes, ni por qué ha de impedir la libre competencia la inclusión en los pliegos de los contratos de cláusulas sociales a que alude la norma foral*”. Parece como si el TS aceptara la presunción de legitimidad de las cláusulas sociales derivada de la nueva Directiva 2014/24/UE.

*las cláusulas sociales para predeterminar un marco de regulación, por reenvío o remisión formal a una determinada norma convencional (sectorial provincial), que pretende blindarse frente a eventuales devaluaciones de la misma, habilitadas por el nuevo marco del ET, tal y como proponía el Parlamento vasco. El voto particular de la sentencia de instancia vasca llamara, sin éxito, la atención sobre este «fin común», nada disimulado en la iniciativa que explica su origen: «una...actuación polifónica de las Instituciones Forales de los tres Territorios Históricos para enervar, a través del dictado de sus propias disposiciones normativas, determinados aspectos de la última reforma laboral».* Apunta el autor, que esta jurisprudencia, aun sin la debida precisión argumental, parece presumir que las cláusulas sociales reflejan una política basada en la libertad de opción de los licitadores a realizar una oferta económicamente más competitiva, por disponer de una regulación laboral ad hoc, tal como el convenio de empresa, u optar por una oferta más cara, manteniendo unas mejores condiciones laborales para sus trabajadores (convenio sectorial), a cambio de una mejor puntuación en el proceso de adjudicación, criterio este último que redundaría en una mejor calidad de la prestación.

Destaca la Instrucción 1/2018 del Ayuntamiento de Valladolid<sup>680</sup>, que en su artículo 53, dedicado al análisis de las ofertas anormales o desproporcionadas del cumplimiento de las exigencias sociolaborales, establece: *“se rechazarán las ofertas si se comprueba que son anormalmente bajas porque no se han tenido en cuenta los costes derivados de la aplicación de la normativa social y laboral nacional e internacional aplicable, especialmente cotizaciones a la Seguridad Social, seguridad y salud en el trabajo y retenciones de IRPF, así como el salario/hora/categoría de los trabajadores y todos los derechos sociales derivados del convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación.”.*

<sup>680</sup> Dirección de internet: <https://www.valladolid.es/es/ayuntamiento/normativa/instruccion-1-2018-impulsar-contratacion-socialmente-eficie.ficheros/475710-INSTRUCCIONContratación%20eficiente%20y%20estratégica.docx.pdf>

El procedimiento es garantista<sup>681</sup>, y permite al licitador incurso en presunción de temeridad demostrar, tanto desde la vertiente subjetiva de la empresa (procedimientos de fabricación, condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos o prestar los servicios, respeto de obligaciones o percepción de ayudas), como objetiva, respecto de la oferta (soluciones técnicas adoptadas, innovación y originalidad de las mismas), demostrar que dispone de los instrumentos financieros, técnicos, y de innovación, con respeto de la normativa laboral, social y medioambiental, que la oferta puede ser cumplida en los términos ofertados. La verificación de la justificación de la oferta considerada anormalmente baja, se llevará a cabo por los servicios técnicos del órgano de contratación, siendo lo habitual que el informante conforme un juicio crítico sobre la misma en el que se refiera a las evidencias que detecta en relación con los aspectos relativos al ahorro, las soluciones técnicas, la originalidad, y el cumplimiento de obligaciones. Aunque cabe, igualmente, que los servicios técnicos se muestren conformes con las justificaciones y evidencias presentadas por el licitador incurso inicialmente en anormalidad, lo que le eximiría de la necesidad de añadir fundamentos redundantes al informe<sup>682</sup>.

<sup>681</sup> Véanse Resoluciones del TACRC, núms. 803/2018 y 877/2017, en las que se indica “*En cuanto al contenido y alcance de ese procedimiento contradictorio, también se ha dicho por este Tribunal, que debe estar dirigido exclusivamente a destruir la presunción de anormalidad mediante la presentación por el licitador de las justificaciones precisas y suficientes que expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos. [...] es el propio licitador que ha efectuado la oferta incurso en situación de presunción de anormalidad quien mejor puede conocer cuáles sean aquellas condiciones de su oferta que sean susceptibles de justificar el bajo importe de la misma, en concreto en referencia a alguno o algunos de los aspectos a los que en particular se alude en el art. 149.4 LCSP.*”. Procedimiento contradictorio, incluso cuando lo que se trata de justificar es el cumplimiento de la normativa de subcontratación o las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral (Resolución del TACRC, núm. 46/2020, de 16 de enero).

<sup>682</sup> Véanse, en este sentido, las Resoluciones del TACRC núms. 786/2014, de 24 de octubre y 46/2020, de 16 de enero, “*cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva (resolución nº 637/2015). Es también doctrina de este Tribunal, que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas*”. También la Resolución del TACP de Madrid, 314/2018, de 10 de octubre, que dice: “*es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.*”

Finalmente, el mismo artículo 149, sobre la base del considerando núm. 40 anterior, establece un control adicional, más intenso, para el adjudicatario del contrato que hubiese estado incurso en presunción de anormalidad, realizando el órgano de contratación un seguimiento pormenorizado de la ejecución del mismo, al objeto de garantizar la correcta ejecución del contrato, sin que se produzcan mermas en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados. Por esta razón, mantiene GIMENO, que una oferta que contravenga las exigencias sociales, debe ser inadmitida<sup>683</sup> y, en el mismo sentido MARTÍNEZ FERNÁNDEZ<sup>684</sup>, al indicar que *“En el marco de la nueva concepción estratégica de la contratación pública en las Directivas de 2014, que persigue que las inversiones que se realicen mediante contratos contribuyan a las políticas sociales y ambientales de la UE recogidos en la Estrategia Europa 2020, podrán rechazarse ofertas con valores desproporcionados que incurran en incumplimiento de la normativa medioambiental o socio-laboral, en «dumping social»”*

En definitiva, lo hemos visto en la configuración de los criterios de adjudicación sociales y medioambientales, también en los criterios de desempate, y ahora, en la consideración de las ofertas como anormalmente bajas, especialmente por vulneración de la normativa social, medioambiental y laboral, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales; y es que el enfoque *economicista* de la compra pública, como salvaguarda de los principios de libre competencia y no discriminación, fundamento raíz del derecho comunitario, según refiere MOLINA, empaña todavía la claridad de un mandato legislativo favorable a la inclusión de una visión estratégica de la

<sup>683</sup> Según dice, *“«La estrategia» de la política social prevalece a la regla del precio más bajo, pues solo así se protege la ecuación calidad/precio sin distorsionar los mercados laborales europeos.”* En similares términos, Marta ALBA, *“Las ofertas anormalmente bajas: Especial referencia a los criterios medioambientales”*, mantiene que *“el tratamiento de las bajas temerarias no puede desligarse de esta concepción de la contratación como contratación estratégica, debiendo considerarse como un elemento más que garantizará que el contrato sea ejecutado no solo conforme a lo dispuesto en los pliegos, sino que garantice el cumplimiento de las obligaciones que en materia social, laboral o medioambiental le sean inherentes.*

<sup>684</sup> MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer 2016, págs.. 255-256.



compra pública, compatible sin imponerse, con una legislación laboral que, aunque justificada en su nacimiento (Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero) por una crisis económica, sigue vigente. Y decimos, *empaña*, por la nada cohesión interna que presenta el distinto apelativo del concepto convenio colectivo, ya sea de *referencia*, de *aplicación* o *sectorial*, lo que conduce, a menudo, a una inseguridad jurídica por indefinida precisión del mismo.

Parece clara la voluntad del legislador, tanto comunitario como interno, en esa visión o perspectiva social que introduce, de optar por una mejora de las condiciones de trabajo de las personas al servicio de las empresas contratistas, normalmente localizadas en convenios colectivos de ámbito superior, estableciendo una relación directa entre el contenido económico del contrato (presupuesto base de licitación y valor estimado), y obligacional, como es la no vulneración de la normativa socio-laboral, medioambiental y de cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales. El argumento nuclear del TACRC, separando configuración económica del contrato, conforme al convenio sectorial, y contenido obligacional, de acuerdo al convenio de aplicación, sectorial o de empresa, no guarda la debida coherencia, resultando una configuración alcista del contrato, alterando la eficiente utilización de los fondos públicos, sin ningún tipo de contraprestación social, como son unos mejores salarios o condiciones de trabajo que, sin duda, derivan del cumplimiento de los convenios sectoriales o de ámbito superior al de la empresa.

## **2.7.Oportunidad de la inclusión de criterios de adjudicación frente a especificaciones técnicas o condiciones especiales de ejecución.**

A menudo, el gestor se interroga sobre la correcta ubicación de una característica social o medioambiental y en qué fase del proceso de preparación, adjudicación o ejecución del contrato, se inserta. Igualmente, sobre cuál es el coste de oportunidad de dotarle de naturaleza de especificación técnica, criterio de adjudicación o condición especial de

ejecución. A estas alturas del análisis, no desconocemos que la especificación técnica delimita, concreta, y define el objeto del contrato, esto es, le dota de identidad y lo hace asequible para que podamos hablar de vinculación entre todas las partes del contrato, especialmente las relativas a la adjudicación y ejecución. Pero las especificaciones técnicas no son valorables, sino que cumplen el papel, nada desdeñable, de proporcionar, como dice el art. 126.1. LCSP 2017, acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación, sin que tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. Las prescripciones técnicas, nos dice el art. 126.2:

*“podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, según la definición establecida en el artículo 148, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este.”.*

Tampoco desconocemos que los criterios de adjudicación sirven al propósito de elegir motivadamente la oferta más ventajosa en términos de calidad-precio<sup>685</sup>, atendiendo éste a su vez, a la mejor relación coste-eficacia, sobre

<sup>685</sup> Véase *Ayuntamiento de Madrid, Guía de contratación pública municipal para pymes, autónomos, y entidades del tercer sector* en la que se dice, que adjudica sus contratos utilizando una pluralidad de criterios que se basan en el principio de mejor relación calidad-precio. Ésta se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos, que serán fijados en cada caso, en el PCAP. Dentro de los criterios cualitativos sociales y medioambientales, nos ofrece una pluralidad de ejemplos:

- Las características sociales, en la ejecución del contrato:
  - Fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables.
  - Subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción.
  - Aplicación de planes de igualdad de género.
  - Fomento de la contratación femenina.
  - Conciliación de la vida laboral, personal y familiar.
  - Mejora de las condiciones laborales y salariales.
  - Estabilidad en el empleo.
  - Contratación de un mayor número de personas.
  - Formación y protección de la salud y la seguridad en el trabajo.
  - Aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social.
  - Suministro o utilización de productos basados en un comercio equitativo.
- Características medioambientales, en la ejecución del contrato:

la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida. Entre ellos:

*“La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones [...] La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución [...] el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega, el plazo de entrega o ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad del suministro.”.*  
(Art. 145.2 LCSP 2017)

Y, por último, las condiciones especiales de ejecución, a las que dedicamos el apartado siguiente, igualmente vinculadas al objeto del contrato, que la LCSP 2017 no define, aunque sí caracteriza como consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, y de tipo medioambiental o social. Se trata de requisitos objetivos, a cumplir durante la ejecución del contrato, que no inciden en la valoración de las ofertas, no deben ser discriminatorias, compatibles con el derecho comunitario, y al margen de los requisitos que se refieran a la política general de la empresa.

Así pues, según de qué fase hablemos, nos encontramos con distinta tipología de acciones, esto es, si nos referimos al contenido obligacional, situaremos a las especificaciones técnicas, como requisitos mínimos obligatorios, y a las condiciones especiales de ejecución, aunque inicialmente correspondan a fases diferentes, preparación del contrato y ejecución, respectivamente. Si ponemos el foco en el contenido voluntario del proceso, integraremos los criterios de adjudicación, parámetros necesarios para medir el *quantum* del

- Reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero.
- Utilización de medidas de ahorro y eficiencia energética.
- Utilización de energías renovables.
- Mantenimiento o mejora de los recursos naturales.

esfuerzo económico y de calidad que los licitadores están dispuestos a hacer para obtener el contrato.

Delimitada, sintéticamente, la diferente naturaleza de las características sociales, según su ubicación, es preciso responder a las cuestiones planteadas. De este modo, en cuanto al *coste de oportunidad* citado, nos planteamos que, como especificación técnica, corresponde al órgano de contratación fijar el alcance y contenido de requisitos mínimos que han de establecerse. Como regla general, las características sociales o medioambientales se calificarán de especificación técnica cuando el órgano de contratación considere que las mismas deben formar parte de las que delimitan el objeto del contrato (criterios de accesibilidad universal, derechos de las personas con discapacidad, eficiencia energética, procedencia de la energía, etc.), por tanto, serán obligatorias, sin posibilidad de alternativa, salvo que se hayan considerado variantes. En este caso se ha de ser muy cuidadoso en no crear obstáculos (art. 126.1 LCSP 2017) injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.

Como digo en un trabajo anterior<sup>686</sup>, *“como criterio de valoración y, en función de la ponderación que se le otorgue, servirá para establecer una clasificación entre las ofertas presentadas por las empresas, sin excluir a ninguna, de modo que aquellas mejor posicionadas en este ámbito, o que opten por hacer un mayor esfuerzo, obtendrán en justa correspondencia una mayor valoración”*, ya sea en criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas o juicio de valor. *“Como condición especial de ejecución, ninguna de las empresas licitadoras obtiene ventaja frente a otras, todas se obligan por igual para el supuesto de resultar adjudicatarias.”*

De lo comentado se desprende, que el coste de oportunidad, bajo los principios de libre competencia, no discriminación e igualdad de trato, se ha de contemplar desde el análisis de ventajas que representan para el órgano

<sup>686</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “Las cláusulas de Responsabilidad social en la Contratación Pública Local”, pág. 1306.

de contratación hacer más abierta o restringida la licitación, en función de que lo que se busque sea primar el cumplimiento masivo de requisitos por los licitadores (especificaciones y condiciones especiales de ejecución) para que, desde la estrategia empresarial de los operadores económicos, puedan realizar sus mejores ofertas; lo que ocurrirá, cuando las características sociales o medioambientales, no tengan, pueda o deba<sup>687</sup> prescindirse de un contenido obligatorio<sup>688</sup>; o, por el contrario, se priorice la limitación a la participación de licitadores, elevando los requisitos técnicos de cumplimiento<sup>689</sup>, y, por ende, una menor participación, en la que los criterios

<sup>687</sup> Véase *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*. Dice el Manual, pág.48, que: “la aplicación de criterios de adjudicación medioambientales puede tener sentido, por ejemplo, si no se está seguro del coste o la disponibilidad en el mercado de productos, obras o servicios que cumplen determinados objetivos medioambientales. Al incluir estos factores en sus criterios de adjudicación, puede ponderarlos con respecto a otros, incluido el coste [...] si en las especificaciones se imponen unos requisitos medioambientales rigurosos, estos pueden recibir una ponderación inferior en los criterios de adjudicación, y viceversa [...] no existe un máximo fijado para la ponderación que debe asignarse a los criterios medioambientales. Para determinar la ponderación correspondiente, debe considerar:

- cuán importantes son los objetivos medioambientales para el contrato, en comparación con otras consideraciones como el coste y la calidad general;
- la medida en que estas consideraciones se abordan mejor en los criterios de adjudicación, como complemento o en lugar de especificaciones, criterios de selección y cláusulas de ejecución del contrato;
- cuántos puntos correspondientes a la fase de adjudicación puede «permitirse» asignar; ello variará según los productos/servicios y las condiciones del mercado. Por ejemplo, si el grado de variación de los precios relativos a un producto es bajo pero el rendimiento medioambiental varía enormemente, tiene sentido asignar más puntos para evaluar las características medioambientales.

<sup>688</sup> Véase VÁZQUEZ MATILLA, Javier, “El concepto de mejor relación calidad precio. La imposibilidad de que el precio sea el factor determinante”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 157, septiembre-octubre 2018, Edit. Wolters Kluwer, pág. 3. Dice el autor: “el uso de criterios relacionados con el medio ambiente, la eficiencia energética, accesibilidad o innovación en la fase de adjudicación, y no solo en las especificaciones técnicas o las condiciones de ejecución del contrato, tendría la ventaja de que las empresas presenten ofertas que irían más allá del nivel establecido en las especificaciones técnicas, lo que promovería la introducción de productos innovadores en el mercado. También puede ser útil aplicar dichos criterios en la etapa de adjudicación cuando hay incertidumbre sobre los productos o servicios disponibles en el mercado”.

<sup>689</sup> Véase, MARTÍN BAUTISTA, María Teresa, “El principio de libre competencia en la contratación pública: influencias, restricciones y defensas”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 144, julio-agosto 2016, Edit. Wolters Kluwer, pág. 9. Dice la autora que “es criterio general en la redacción de los pliegos de prescripciones técnicas que se elaboran para una licitación que aquellos se definan teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos; es por ello que el uso de especificaciones técnicas debe realizarse de forma flexible para evitar situaciones contrarias a la libre competencia, y por ello el art.º 117.2 del TRLCSP (22) establece como una de las reglas a considerar para la elaboración de dichos pliegos, que permitan el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia [...]”. En el mismo sentido J. Manuel MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Contratación pública y transparencia...*, págs. 127-128, con cita del art. 117 del TRLCSP, dice que “las prescripciones técnicas han de definirse teniendo en cuenta los criterios siguientes: a) criterios de accesibilidad

de adjudicación tienen un menor impacto. Si bien, a este respecto, el TACRC, en su Resolución 730/2014, de 3 de octubre, relativo a las reglas y criterios que han de seguirse para la redacción de las prescripciones técnicas, en el entonces vigente art. 117.2 del TRLCSP, dice que: *“establece este precepto un principio de interpretación del PPT favorable a la máxima concurrencia de licitadores en la contratación, generador de mayor competencia en el propio beneficio de la administración, de modo que la exclusión de licitadores ha de ser la excepción y la interpretación favorable a la máxima concurrencia es la regla general”*. O el ATACP de Aragón, núm. 75/2014, de 2 de diciembre, en el que se recoge la jurisprudencia del TJUE, de la que se desprende que: *“el principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad”*, en clara relación al apartado 2 del art. 117. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales, suele ser la mejor manera de evitar limitaciones artificiosas de la competencia, como recoge el considerando núm. 74 de la Directiva 2014/24/UE.

Pero también es posible, como dice el *Manual sobre la contratación pública ecológica*, que se desee fijar un rendimiento mínimo en las especificaciones técnicas, valorando en puntos una mejora del *suelo* o punto de partida, como criterio de adjudicación<sup>690</sup>. La utilización de criterios relacionados con el medio ambiente, tales como la eficiencia energética, la accesibilidad o la innovación en la fase de adjudicación, *“y no solo en las especificaciones técnicas o las condiciones de ejecución del contrato, tendría la ventaja de impulsar a las empresas a presentar ofertas que irían más allá del nivel fijado en las*

*universal y diseño para todos (si no es posible, habrá de justificarse expresamente esta circunstancia); b) criterios de sostenibilidad y protección ambiental si el objeto del contrato puede afectar al medio ambiente; c) criterios que garanticen la apertura de los contratos públicos a la competencia, permitiendo el acceso a éstos a todos los posibles licitadores en igualdad de condiciones, sin recoger especificaciones técnicas que supongan en la práctica orientar el contrato hacia determinados contratistas.”*

<sup>690</sup> *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, recoge en su pág. 48, la valoración de Cuno van Geet, asesor superior de eficiencia energética del Rijkswaterstaat: *“los licitadores valoran la libertad de poder tomar sus propias decisiones en cuanto al diseño sostenible dentro de un marco técnico”*

*especificaciones técnicas, lo cual promovería la introducción de productos innovadores en el mercado.*”, dice el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación de la UE.<sup>691</sup>

De las posibilidades indicadas, nos inclinamos por una amplia participación de los operadores económicos en los procesos de compra pública, recogiendo como especificaciones técnicas todas las necesarias para una correcta delimitación del objeto del contrato, de modo que no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia, tal y como reza en el apartado 1. del art. 126, en concordancia con el considerando núm. 74, antes citado. Estos requisitos mínimos actuarán como un suelo mejorable mediante la aportación de “pluses prestacionales”, que pueden preverse como criterios de adjudicación, enriqueciendo de este modo la obra, el suministro o servicio de que se trate. Así, no se crean obstáculos a la participación y pueden valorarse con una puntuación más alta las mejores ofertas. Incluyendo otra ventaja adicional, la ausencia de requisitos técnicos exorbitantes supone también la introducción de un buen número de combinaciones en la confección de ofertas de calidad, material, o ética, social y medioambiental, según sea la relación con el precio ofertado y la posición, estrategia, o contexto de mercado en el que se sitúe el operador económico ofertante.

<sup>691</sup> *Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE.*

## **CAPÍTULO VIII. Fase de ejecución. Las condiciones especiales de ejecución de tipo social, medioambiental, éticas y de innovación. Su carácter obligatorio.**

Vistas las fases anteriores de acreditación de la capacidad, solvencia, preparación del contrato y adjudicación, toca el turno a la fase de ejecución, concretamente, a las condiciones especiales de ejecución, donde se fijan aspectos y características sociales y medioambientales que responden, mejor que en las anteriores, a ese carácter preceptivo del que nos informa el art. 1.3 de la LCSP 2017, en concordancia con el art. 202 de la misma, que dice *“será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.”*, y donde los poderes de adjudicación han tenido mayor margen de maniobra para la imposición de criterios sociales<sup>692</sup>. También de éstas podría predicarse este casi “dogma de fe” que contiene el primer precepto de la LCSP sobre la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio, así como una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, pese a que ambas aseveraciones casan mejor con los criterios de adjudicación del contrato, antes que con las especificaciones técnicas o las condiciones especiales de ejecución. Sin embargo, estas condiciones, de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden, previstas como formas, fórmulas o instrucciones para llevar a cabo la ejecución de las prestaciones, influyen también en el mejor aprovechamiento del precio que pagamos por ellas, al introducir características que otorgan una perspectiva, fundamentalmente social o medioambiental, localizada especialmente en los procesos productivos de los bienes y servicios<sup>693</sup>.

<sup>692</sup> GARCÍA ROMERO, M<sup>a</sup> Belén, Cap. Octavo, “Cláusulas de inserción laboral y contratación pública”, del libro de VV.AA. *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. Belén GARCÍA ROMERO y María M. PARDO LÓPEZ, Directoras, THOMSON REUTERS ARANZADI, 2017, págs. 249 y ss.

<sup>693</sup> Véase, DELGADO FERNÁNDEZ, Rosario, “Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución”, Capítulo 8 del libro de VV.AA., Directora Ximena LAZO VITORIA, *Compra Pública Verde*, Ed. Atelier 2018, págs. 347-363. Mantiene la autora que el uso de las condiciones especiales de ejecución tendrá como consecuencia que la actividad económica



El propósito de las condiciones de ejecución, nos indica el considerando núm. 104 de la Directiva 2014/24/UE, *“es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución, esto es, no se trata de valorar con una mejor puntuación a quien presenta una mejor oferta, sino de definir y delimitar el contenido obligatorio de la ejecutoria del contrato. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación de contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas.”*<sup>694</sup> Las condiciones de ejecución no deben ser discriminatorias, deben ser compatibles con el derecho comunitario, han de estar vinculadas al objeto del contrato, excluidos los requisitos que se refieren a la política general de la empresa, y han de indicarse en el anuncio de licitación y los pliegos. Tampoco pueden consistir, según la Comunicación Interpretativa de la Comisión, de 15 de octubre de 2001 COM (2001) 566 final, en: *“especificaciones técnicas encubiertas, ni deben referirse [...] a la comprobación*

alcance una mayor eficiencia, tanto en los objetivos directos, como en los sociales y medioambientales. Y aclara, *“que tienen que estar vinculadas al objeto del contrato, de forma que la finalidad social o medioambiental que se quiere promover o fomentar se consiga intrínsecamente con la sola prestación del objeto principal, es decir, que no pueden constituirse como un objeto complementario del contrato, sino como un componente obligatorio del modo en que se desarrolla la ejecución de la prestación que constituye el mencionado objeto.”*, si bien, decimos nosotros, sigue siendo de aplicación la definición de vinculación al objeto del contrato que contiene el apartado 6. del art. 145 de la LCSP 2017, *mutatis mutandis*, y, por tanto, la posibilidad de que las condiciones especiales se refieran a los factores que intervienen en los procesos productivos, de comercialización o de prestación, incluso de otra etapa de su ciclo de vida, y además cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material (Art. 67 de la Directiva 2014/24/UE, y 145 de la LCSP 2017). Ciertamente, las condiciones especiales no pueden constituirse como un objeto complementario del contrato, si por ello entendemos la referencia a una prestación ajena al mismo. La condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato, dice el considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE, *“excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa.”*

<sup>694</sup> SANTIAGO FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> José, “Doctrina del Tribunal Administrativo Central y de la Junta de Andalucía y de la Junta de Andalucía de Recursos contractuales respecto a los criterios medioambientales”, Capítulo 11 del libro *Compra Pública Verde*, Directora Ximena LAZO VITORIA, Ed. Atelier 2018, págs. 233-250. Mantiene la autora que *“es posible el que una condición especial de ejecución y alguno de los criterios de valoración compartan una idéntica finalidad medioambiental (o de otro tipo) a condición de que interpretadas conjuntamente las estipulaciones que las contienen, se constate que las primeras regulan un mínimo común de obligaciones exigibles a todos los licitadores, y las segundas permitan una mayor valoración de las proposiciones que ofrezcan mejoras de esos niveles obligatorios.”*

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

*de la aptitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica, o a los criterios de adjudicación.”.*

La citada Directiva, en su Considerando núm. 97, justifica la adopción de criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos, en el logro de una mayor integración de consideraciones sociales y medioambientales en los procedimientos de contratación, y cita algunos ejemplos referidos a los procesos de producción, como la fabricación de productos utilizando máquinas eficientes desde el punto de vista energético, el suministro o la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato, la entrega, el embalaje y la eliminación de productos, o la minimización de los residuos y la eficiencia energética. Del lado social, el Considerando núm. 98, recoge la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer, la conciliación del trabajo y la vida familiar, o la contratación de un mayor número de personas con discapacidad al que exige la legislación nacional.

Por su parte, la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, refiriéndose de modo conjunto, en su Considerando núm. 64, a criterios y condiciones de ejecución, pone como ejemplo de enfoque medioambiental que los servicios objeto de la concesión sean prestados mediante maquinaria eficiente en materia de energía, además de otros aspectos relacionados con la reducción de residuos; y en su Considerando núm. 65, prevé condiciones de ejecución relativas a los aspectos sociales del proceso de producción, que deben aplicarse conforme a la Directiva 96/71/CE, y establece que: *“Las condiciones de ejecución de la concesión pueden también estar destinadas a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o del bienestar de los animales, a respetar el contenido de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y a contratar un número de personas desfavorecidas superior al que exige la legislación nacional.”*

Una vez más el legislador interno, dejando de lado las consideraciones económicas y las relacionadas con la innovación, de las que no recoge un solo ejemplo<sup>695</sup>, contempla en el art. 202 un listado, no exhaustivo, de consideraciones de tipo medioambiental y social que, como hacemos en un trabajo anterior<sup>696</sup>, podemos agrupar del modo siguiente:

- **Personas desfavorecidas:** *hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción;*
- **Igualdad entre hombre y mujer:** *eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar;*
- **Empleo:** *combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo,*

<sup>695</sup> MORENO IBÁÑEZ, Iván, “Las condiciones especiales de ejecución en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 164, noviembre-diciembre 2019, Wolters Kluwer, pág. 8. Se hace eco el autor de la incongruencia entre el título del art. 202 “Condiciones especiales de ejecución del contrato, de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden”, y el desarrollo que efectúa el punto 2. del mismo. Por otra parte, dice el autor, “*el art. 202.2 hace referencia expresa a consideraciones «económicas, relacionadas con la innovación,» pero no son desarrolladas en el artículo, a diferencia de las medioambientales o sociales y, al mismo tiempo, las consideraciones económicas no son citadas expresamente en la rúbrica del artículo. Y ello sin perjuicio de que, como se expresa en el Considerando 47 de la Directiva 2014/24, la innovación pueda también proyectarse a las consideraciones medioambientales y sociales, pero una mayor precisión hubiera dado más coherencia al artículo.*”

<sup>696</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “Las cláusulas de Responsabilidad social en la Contratación Pública Local.”, págs. 313 y ss.

- **Comercio ético:** *incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial».*

El precepto, contiene importantes novedades respecto a su predecesor, el art. 118 del TRLCSP, por su determinación, pese a tratarse de un listado no cerrado, además de, como se ha dicho, por la obligatoria inclusión de al menos una condición especial de ejecución en todos los pliegos de cláusulas administrativas particulares, también por la extensión de la obligación a las empresas subcontratistas que participan en la ejecución del contrato, convirtiéndolas en actores de la cadena de compra pública responsable, lo que, de hecho, tendrá un efecto multiplicador sobre proveedores de segundo y siguientes niveles en la adquisición de productos ecológicos o la introducción de buenas prácticas sociales, internalizando en sus cuentas de resultados una nueva manera de comprar o de realizar la prestación, tanto si afecta a la sustancia material del producto como a los procesos de producción. De algún modo, se trata de *“ecologizar la contratación privada”*<sup>697</sup>, animando a los poderes adjudicadores a fortalecer el vínculo entre contratación ecológica pública y privada. Si bien, como dice DELGADO<sup>698</sup>, *“está claro que la aplicación de estas cláusulas conlleva, además de la necesaria planificación y estudio previo, un importante esfuerzo en el control de la ejecución del contrato, sea ejecutado directamente por el adjudicatario o por los posibles cesionarios o subcontratistas”*, aspecto éste del que nos ocuparemos, de un modo amplio, en el Capítulo XI de esta Memoria.

MORENO IBÁÑEZ<sup>699</sup>, sostiene que no se trata de un listado de condiciones de ejecución propiamente dichas, sino, en realidad, *“finalidades que pueden*

<sup>697</sup> Comunicación sobre *Contratación pública para un medio ambiente mejor*, Apartado 9 *“Ecologizar la contratación privada”*.

<sup>698</sup> Señala la autora, en *“Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución”*, que *“más allá del establecimiento de condiciones especiales de ejecución relativas a la contratación socialmente responsable con la única finalidad de un mero cumplimiento formal de las obligaciones establecidas en la ley, lo adecuado para que se cumpla realmente lo establecido en la normativa de aplicación es que se establezcan junto con los indicadores que pueden acreditar su cumplimiento y se evalúe el impacto que causan sobre el objetivo perseguido.”*

<sup>699</sup> MORENO IBÁÑEZ, Iván, *“Las condiciones especiales de ejecución en la Ley de Contratos del Sector Público”*.

*alcanzarse a través de ellas. Así se deriva de la lectura del artículo 202.2 cuando dice que «se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan» la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero o una gestión más sostenible del agua o cuando indica que «las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades» como hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de Naciones Unidas sobre personas con discapacidad o promover el empleo de personas en situación de exclusión social.”.*

Como toda finalidad, necesita de concreción y aplicación al caso concreto, de ahí que, como dice el autor, no sería admisible expresar, por ejemplo en un contrato de servicios de limpieza, que el contratista deberá *“promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción» o «fomentar el uso de energías renovables», sino que habría de determinar qué medidas específicas debe adoptar para lograr esas finalidades y siempre que estén relacionadas con los concretos servicios de limpieza a ejecutar.”.* O, en el mismo sentido, SELMA PEÑALVA<sup>700</sup>, propone el compromiso de acudir a una plantilla *“compuesta en su mayor parte por mujeres desempleadas mayores de 45 años para cubrir las necesidades de personal que genere para la empresa la adjudicación de la nueva obra o servicio, de mujeres menores de 30 años, de mujeres en situación de exclusión social, violencia de género, etc.”.* Concluye MORENO IBÁÑEZ, realizando una crítica con la que estamos de acuerdo, y es que la obligación de establecimiento obligatorio de condiciones de ejecución en el marco de las finalidades del art. 202, puede tildarse de excesiva, en la medida que no discrimina por tipo de contrato ni valor estimado, resultando en la práctica -decimos nosotros- de muy difícil cumplimiento, cuando se trata de contratos de suministro de licencias de software, por ejemplo.

<sup>700</sup> SELMA PEÑALVA, Alejandra, Cap. Décimo “Las cláusulas sociales como herramienta de apoyo a los planes de igualdad en las administraciones públicas”, del libro *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. Belén GARCÍA ROMERO y María M. PARDO LÓPEZ, Directoras, Thomson Reuters Aranzadi, 2017. Pág. 294.

Finalmente, asociadas al incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, los PCAP podrán establecer penalidades o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales, cuyo incumplimiento sea causa de resolución del contrato. PRECIADO DOMÈNECH<sup>701</sup>, hace hincapié en el compromiso del legislador con el cumplimiento y efectividad de las cláusulas sociales, al asociar, en caso contrario, la triple consecuencia de imposición de penalidades del art. 192 de la LCSP 2017, la resolución del contrato, cuando la cláusula se haya establecido como obligación esencial, calificadas como tales en los pliegos, de manera precisa, clara e inequívoca (art. 211.1.f), o la prohibición para contratar derivada de una infracción grave (art. 71.2.c) de la misma norma.

Pero esta progresividad del clausulado social y medioambiental de la vigente legislación, con la polivalencia que registra en su admisión en todas las fases del proceso de contratación, especialmente en las de adjudicación y ejecución<sup>702</sup>, no siempre fue así. En el Libro verde *La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*, apartado V, “Contratación pública y aspectos sociales”, se dice que:

*“la política social de la Unión Europea contribuye a velar por un elevado nivel de empleo y de protección social (artículo 2 del Tratado CE), la libre circulación de trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el refuerzo de la cohesión económica y social, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, un nivel elevado de protección de la salud, el fomento de una educación y una formación de calidad y la inserción social de personas con minusvalías y otras categorías desfavorecidas [...] es decir, la utilización de un contrato público como medio de conseguir el objetivo deseado”.*

<sup>701</sup> PRECIADO DOMÈNECH, Carlos H., *Los criterios sociales y laborales en la Contratación Pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, Edit. Bomarzo, 1ª edic., págs. 109-110.

<sup>702</sup> El Preámbulo de la LCSP 2017, dice: “con el ánimo de favorecer el respeto hacia los derechos humanos, y en especial hacia los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras y de los pequeños productores de países en vías de desarrollo, se introduce la posibilidad de que tanto los criterios de adjudicación como las condiciones especiales de ejecución incorporen aspectos sociales del proceso de producción y comercialización referidos a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate, y en especial podrá exigirse que dicho proceso cumpla los principios de comercio justo que establece la Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo (2005/2245(INI)) en su apartado 2.

Sin embargo, también se aclara que pese a la conveniencia de perseguir estos objetivos sociales, han de tenerse en cuenta las limitaciones que imponen las directivas del momento para *“evitar que peligre su motivación esencial”*, entendiéndose la libre competencia. A continuación, se refiere a las posibilidades que ofrecen determinadas disposiciones, contenidas en todas las directivas, siendo la primera, la de permitir la exclusión de los empresarios que hayan sido condenados por delitos relativos a su moralidad profesional, y la segunda y más importante, por lo que a este apartado se refiere, la de imponer como condición de ejecución, el respeto de obligaciones de carácter social, como el fomento del empleo de las mujeres o la protección de determinadas categorías desfavorecidas.

El propio Libro Verde, delimita el alcance de su clausulado social, al decir que:

*“en estos momentos, las disposiciones de las directivas no tienen en cuenta las preocupaciones de orden social en la fase de verificación de la aptitud de los licitadores o candidatos a partir de los criterios de selección, que se refieren a la capacidad económica, financiera o técnica, ni tampoco en la fase de atribución de los contratos a partir de los criterios de adjudicación [...]”*

En similares términos, la Comunicación de la Comisión “La Contratación pública en la Unión Europea COM (98) 143, de 11 de marzo”, habla de un abanico de posibilidades que pueden tenerse en cuenta para conseguir objetivos sociales en las compras públicas, y se cita como segunda posibilidad, tras la exclusión de los candidatos que violan la legislación en materia social, la de tomar como condición de ejecución el respeto de obligaciones de carácter social, que tenga como objeto, por ejemplo, promover el empleo femenino o apoyar a ciertas categorías desfavorecidas.

Y también, las *Comunicaciones interpretativas, social y medioambiental* de la Comisión Europea, de 15 de octubre de 2001 COM (2001) 566 final, y de 4 de julio de 2001 COM (2001) 274 final, se refieren a la forma de fomentar, de un

lado, la persecución de objetivos sociales<sup>703</sup>, siempre que no tengan un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de los demás Estados miembros; y de otros objetivos medioambientales, citando una serie de ejemplos de condiciones concretas suplementarias<sup>704</sup>, relativas a los resultados o la ejecución del contrato, suficientemente concretos, que cumplen con el derecho comunitario y son conformes con las directivas.

Pero, volvamos a la vigente regulación del derecho interno, junto a la ya vista LCSP 2017, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, art. 35.2.d), obliga a las empresas públicas y a las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social a adaptar sus planes estratégicos para, entre otros, *“Incluir en sus procesos de contratación, siempre que la naturaleza de los contratos lo permita, condiciones de ejecución referentes al nivel de emisión de gases de efecto invernadero y de mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que pueden verse afectados por la ejecución del contrato.”* En este caso, como dice J. José PERNAS<sup>705</sup>, el planteamiento de la LES es más abierto que el del art. 150.3 TRLCSP (Art. 145.3 de la LCSP 2017), *“ya que exige esta integración cuando la «naturaleza del contrato lo permita». No es preciso que el contrato tenga un «impacto significativo».*

<sup>703</sup> Señala como ejemplos de condiciones particulares adicionales que pueden imponerse al titular del contrato, atendiendo a objetivos de carácter social:

- *la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación;*
- *la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica;*
- *la obligación de respetar en lo esencial, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional;*
- *la obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo.*

<sup>704</sup> Ejemplos de condiciones concretas suplementarias, de carácter medioambiental:

- *entrega y envasado de bienes a granel y no por unidades*
- *recuperación o reutilización a cargo del contratista del material de envasado y de los productos usados*
- *suministro de bienes en recipientes reutilizables*
- *recogida, reciclado o reutilización a cargo del contratista de los desechos producidos durante la utilización o consumo de un producto, o después*
- *transporte y entrega donde tenga lugar la utilización de los productos químicos (por ejemplo, productos de limpieza) concentrados y diluidos*

<sup>705</sup> PERNAS GARCÍA, J. José, “Contratación pública y eficiencia energética”, pág. 295.



Extramuros de este derecho interno vigente, encontramos una regulación diversa y rica en la materia, constituida por instrumentos de cumplimiento voluntario que protocolizan o guían en la correcta aplicación de las condiciones especiales de ejecución, a la vista de la jurisprudencia, comunitaria e interna, y de la doctrina emanada de las juntas consultivas y de los tribunales de recursos contractuales. Nos referimos a las Guías<sup>706</sup> más recientes sobre inclusión de

<sup>706</sup> Así, las siguientes:

*Guía práctica para la aplicación de cláusulas sociales en los contratos públicos de la Diputación Foral de Gipuzkoa.* La Guía, incorpora condiciones especiales de ejecución en materia de compra pública de alimentos: “en aquellos contratos susceptibles de incorporar en su prestación productos agrarios, se exigirá el consumo de productos ecológicos, frescos y/o de temporada, así como de productos de Denominación de Origen Protegidos o con Indicaciones Geográficas Protegidas.”, y de Promoción de empleo para personas con dificultades de acceso al mercado laboral: “obligatorio que el/la adjudicataria emplee en la plantilla que ejecute el contrato al menos a un 10% de personas con dificultades de acceso al mercado laboral.”

En la *Guía Las claves de la compra pública responsable*, se menciona al Ministerio de Fomento, que incluye como condiciones de ejecución de carácter social para los contratos de estudios y proyectos las siguientes: a) el porcentaje de personal femenino sobre el total de empleados que se contrate debe superar en 10 puntos a la media nacional del sector; b) el número de trabajadores minusválidos no será inferior al 2% para empresas de más de 50 trabajadores; c) durante la ejecución se velará por la seguridad y salud en la ejecución de los trabajos.

Por su parte, la *Guía Práctica para la inclusión de cláusulas de Responsabilidad Social en la contratación y en subvenciones de la Generalitat y su sector público*, establece posibles cláusulas a incluir como condiciones de ejecución, distinguiendo entre cláusulas sociales, tales como: contratación de desempleados de larga duración en un porcentaje del personal destinado a la ejecución del contrato; aplicación por la adjudicataria de un plan de igualdad para la plantilla que ejecutará el contrato; realización de nueva contratación de mujer o transformación de una contratación temporal de mujer por otra indefinida en aquellas empresas adjudicatarias que cuenten con una representación de mujeres en plantilla desequilibrada; subcontratación de un porcentaje del importe de adjudicación con un Centro Especial de Empleo o Empresa de Inserción; aplicación al personal que ejecuta el contrato las condiciones laborales y retributivas más beneficiosas del convenio colectivo sectorial y territorial; cláusulas ambientales, tales como: “a) Entrega y envasado de bienes a granel y no por unidades. b) Recuperación o reutilización a cargo del contratista del material de envasado y de los productos usados. c) Suministro de bienes en recipientes reutilizables. d) Recogida, reciclado o reutilización a cargo del contratista de los desechos producidos durante la utilización o consumo de un producto. e) La eficiencia energética de los productos o servicios”; cláusulas éticas, tales como: “a) La obligación se podrá referir a la utilización de determinados productos tales como café, té, infusiones, cacao, productos textiles u otros. b) La exigencia de destinar un importe o porcentaje del presupuesto de determinados productos a aquellos que lo sean de comercio justo.”

Traemos a colación, igualmente, el *Manual de Contratación Pública Responsable en relación con las personas con discapacidad*, un poco más antiguo que las anteriores, dada la vigencia de los ejemplos que incorpora, así como su metodología de cláusula incorrecta-cláusula correcta (el subrayado es nuestro):

CLÁUSULA INCORRECTA	CLÁUSULA CORRECTA
Se establece como condición de ejecución que el 2% del total de la plantilla de la empresa adjudicataria sean	Se establece como condición de ejecución que el 2% del total de la plantilla que ejecutará el contrato sean personas con discapacidad igual o superior al 33%.

personas con discapacidad igual o superior al 33%.	
Se establece como condición de ejecución que el 10% del presupuesto de licitación del contrato se subcontrate con un Centro Especial de Empleo domiciliado en la localidad.	Se establece como condición de ejecución que el 10% del presupuesto de licitación del contrato se subcontrate con un Centro Especial de Empleo, lo que se acreditará mediante el correspondiente contrato civil o mercantil.
Se establece como condición de ejecución que la empresa adjudicataria tenga subcontratado el 5% del total de su producción con Centros Especiales de Empleo.	Se establece como condición de ejecución que la empresa adjudicataria subcontrate el 5% del presupuesto de licitación del contrato con Centros Especiales de Empleo, para la realización de las tareas descritas en el presente Pliego.
Se establece como condición de ejecución que el 5% del total de la plantilla que ejecutará el contrato sean personas con discapacidad igual o superior al 33% que hayan nacido en la localidad.	Se establece como condición de ejecución que el 5% del total de la plantilla que ejecutará el contrato sean personas con discapacidad igual o superior al 33%, que se encuentren inscritas en los servicios de empleo de la localidad.

El *Manual sobre la contratación pública ecológica*, contiene algunos ejemplos significativos en relación con el suministro de productos, tales como el suministro de la cantidad adecuada del producto, que se traduce en una mayor cantidad por envío, lo que es más respetuoso con el medio ambiente, o también, “*la especificación de un número máximo de entregas por semana o mes puede constituir otra forma de lograr el mismo resultado. [...] exigir que los productos se suministren fuera de las horas punta del tráfico, [...] exigir que el proveedor recoja (y recicle o reutilice) todo el embalaje que traiga el producto [...] obligar al proveedor a que facilite información regular sobre las emisiones de gases de efecto invernadero causadas al suministrar el producto.*”.

El *Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025)*, se apoya en el mismo listado de criterios de adjudicación tipo, para hacer una extrapolación como condiciones especiales de ejecución. Así se citan: “*el cumplimiento más exigente de los requisitos básicos de ahorro de energía [...] la realización de un estudio sobre la huella de carbono del edificio, tanto en su fase de construcción como de uso [...] la realización de un seguimiento del consumo energético del equipamiento consumidor de energía a lo largo de un período de tiempo determinado [...] certificación del grado de sostenibilidad de los edificios mediante alguno de los sellos existentes: LEED, BREAM, Verde, o cualquier otro similar [...] inclusión de puntos de recarga para vehículos que utilicen energías alternativas en nuevas edificaciones [...] integración en edificios de dispositivos o instalaciones exteriores con el objeto de favorecer el asentamiento de especies de fauna de interés, beneficiosa o amenazada (como por ejemplo, cajas nido para pequeñas aves como vencejos o aviones, rapaces, murciélagos, etc.).*”.

Por último, la *Instrucción 1/2018 del Ayuntamiento de Logroño* (Dirección de Internet: <http://www.logroño.es/wps/wcm/connect/0b49498048a712379b51fffc9a59ca7f/Instrucción%2B1>) La Instrucción contiene abundantes ejemplos de condiciones especiales de ejecución en materia medioambiental, entre ellas se citan:

- “*Con el objetivo de favorecer actuaciones que persigan la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero, los vehículos suministrados montarán neumáticos con clasificación energética que será como mínimo clase B, en eficiencia de combustible y en agarre sobre mojado y como mínimo dos ondas en nivel de ruido exterior (3 dB menos o igual al límite europeo)*
  - *Aplicación típica: contratos de suministro de vehículos.*

cláusulas sociales, en las que se da cuenta de la aplicación concreta de las finalidades expresadas por el legislador. Así, se imponen obligaciones en los pliegos sobre compra pública de alimentos, envasado de bienes a granel, recogida, reciclado o reutilización a cargo del contratista, eficiencia energética de los productos o servicios, productos procedentes de comercio justo, reducción del número de entregas, mediante el suministro de la cantidad adecuada del producto, igualdad de mujeres y hombres, promoción de empleo para personas con dificultades de acceso al mercado laboral, estabilidad en el empleo, subcontratación con centros especiales de empleo y empresas de inserción, ejecución del contrato con un porcentaje de personas con discapacidad igual o superior al 33%, o condiciones laborales y retributivas más beneficiosas del convenio colectivo sectorial de aplicación.

Hagamos un repaso, a continuación, de las últimas resoluciones de los TARC, sobre el establecimiento de condiciones especiales de ejecución en los procesos de contratación. De nuevo surgen los consabidos requisitos habilitantes de la condición de ejecución, esto es, la vinculación al objeto del contrato, diferente del criterio de adjudicación, ya que éste ha de servir para valorar igualmente el rendimiento de la oferta, la proporcionalidad y que no sea discriminatoria

- *Verificación: La verificación de la condición se efectuará presentando la etiqueta europea para los neumáticos, de los que se suministran en los vehículos, en el momento de la entrega de los mismos. En su caso, mediante informes técnicos de los fabricantes.*
- *En el interés de mantener o mejorar los valores medioambientales que puedan verse afectados por el contrato, tales como la promoción del reciclado, se exige la separación, en el lugar de trabajo, de materiales, aislando los que puedan contener fibras minerales, metales, disolventes, pinturas, resinas, PVC, luminarias de mercurio y de sodio, etc. Esta condición se formalizará mediante la declaración de la empresa contratada, en la oferta en la que indicará el tratamiento que dará a los diferentes materiales.*
  - *Aplicación típica: contratos de obras, suministro y servicios, Reformas de inmuebles, espectáculos con escenarios mantenimientos de alumbrado etc.,*
  - *Verificación: Mediante la presentación de los certificados de los gestores de residuos en los que se depositen los diferentes materiales a reciclar.*
- *Los suministros de los materiales se efectuarán con la menor cantidad de embalajes posibles, estos deberán llevar acreditación ecológica para su reciclado y se evitara en su totalidad los materiales plásticos. Esta condición especial de ejecución se formalizará mediante la indicación expresa en la oferta de tipo de embalaje para las diferentes familias de producto.*
  - *Aplicación típica: contratos de suministro de materiales de pequeño tamaño, etc.*
  - *Verificación: Mediante el seguimiento del contrato.*

(RTACRC 453/2019, de 25 de abril<sup>707</sup>, 897/2019, de 31 de julio<sup>708</sup>, y 489/2019, de 9 de mayo<sup>709</sup>), carácter este último que se considera imprescindible para garantizar las condiciones de igualdad y de libre competencia (TACP de Madrid, Resolución 196/2017, de 5 de julio<sup>710</sup>). Y se matiza, primar la estabilidad de la plantilla asignada a la prestación del servicio no supone restricción de la

<sup>707</sup> El órgano de contratación establece una condición de ejecución consistente en que *“la empresa adjudicataria estará obligada a la contratación de al menos el 50% de los trabajadores necesarios para la ejecución de las obras de entre las personas de la localidad en situación de desempleo de larga duración, con prioridad a los residentes del barrio objeto de la actuación”*, cuya legalidad es cuestionada por la empresa recurrente. El Tribunal, tomando como referencia otras Resoluciones anteriores (R 210/2016, de 18 de marzo), así como informes de la JCCA (3/2009, 53/2008) y de la JCCA de Aragón (6/2009); concluye que *“la condición especial de ejecución consistente en la contratación para la ejecución de la prestación objeto del contrato de trabajadores en situación de desempleo, sea o no de larga duración, es admisible con arreglo a la Directiva 2014/24 y la LCSP, siempre que dicha condición esté vinculada al objeto del contrato, que no sea directa o indirectamente discriminatoria [...]”*, requisito este último que no se cumple en relación con los desempleados que no se hallen domiciliados en el citado municipio, favoreciendo a unos respecto de otros. Igualmente, considera el Tribunal que la exigencia de que se contrate a trabajadores desempleados en un porcentaje del 50%, es desproporcionada, sin aportación de justificación alguna.

<sup>708</sup> En la Resolución, se invoca por la recurrente la nulidad de las condiciones especiales de ejecución en lo referente a la inserción laboral de personas con dificultades de acceso al mercado laboral; si bien en este caso, el Tribunal no aprecia discriminación alguna, ya que no se liga a personas inscritas en los programas de inserción laboral del propio Ayuntamiento, sino que se admiten otros similares.

<sup>709</sup> En la Resolución se examina el ajuste a la legalidad de la inclusión en el Pliego de una condición especial de ejecución consistente en *“el compromiso de la adjudicataria de contratar trabajadores, bajo distintos escenarios de protección social, en un porcentaje del 5% a computar en las nuevas contrataciones, bajas y sustituciones.”*. La condición se refiere únicamente a la plantilla adscrita al cumplimiento del contrato, y aclara qué se entiende por situación de especial dificultad para acceder al mercado laboral, citando a los parados de larga duración, las personas mayores de 45 años, las mujeres víctimas de violencia de género, y los discapacitados físicos, psíquicos o sensoriales. El Tribunal, considera en este caso que se cumple el requisito de la vinculación, y hace una apreciación interesante, al observar que no debe confundirse esa vinculación con la referida al mismo requisito respecto de los criterios de adjudicación, ya que en estos, *“el requisito ha de referirse al objeto del contrato, pero también ha de medir o valorar el rendimiento del aspecto a valorar en la oferta respecto de la prestación objeto del contrato, de forma que contribuya a mejorar la satisfacción de las necesidades del órgano de contratación.”*

<sup>710</sup> La Resolución define los requisitos de operatividad de las condiciones especiales de ejecución, que concreta en la inclusión de las mismas en el anuncio de licitación y en el pliego, o en contrato, la exigencia respecto a la fase de ejecución del contrato, y el carácter no discriminatorio, imprescindible para garantizar las condiciones de igualdad y la libre competencia. A continuación, el Tribunal analiza la posibilidad de establecer como condición de ejecución la aplicación del precio hora del convenio colectivo del sector en lugar de los convenios de empresa que tuvieran las licitadoras, y dice: *“cuando hablamos de condiciones de ejecución del contrato no se trata de añadir calidad, por lo que no se trata de acreditar que la prestación será mejor cualitativamente hablando, sino que tiene por objeto garantizar que las prestaciones objeto del contrato se ejecutarán en la forma requerida por el órgano de contratación”*. Concluye el Tribunal que no se aprecia incumplimiento de los principios de publicidad, igualdad y concurrencia, sin que quepa hablar de injerencia en la política salarial de las empresas. Y matiza, *“nada obsta a que, siendo suficiente el importe de licitación establecido para cubrir dichos costes, se establezca como condición de ejecución la referencia al salario que debe pagarse como mínimo a trabajadores.”*

competencia (TACP de Madrid, 206/2016 de 6 de octubre<sup>711</sup>), salvo que refuerce una situación de subrogación, no legal o convencional, proveniente de la valoración como criterio de adjudicación de la nueva contratación de personas adscritas al servicio (TACP de Madrid, 411/2019, de 25 de septiembre<sup>712</sup>).

Otras Resoluciones se refieren al carácter preponderante del Convenio Sectorial de aplicación en lo relativo al cómputo del horario anual y renovación de uniformes, regulados en aquél, quedando fuera del ámbito de los convenios de empresa (TARC de la Junta de Andalucía, 267/2017, de 7 de diciembre<sup>713</sup>), a la aceptación de la obligatoria suscripción de una póliza que cubra el riesgo de

<sup>711</sup> La Resolución examina el ajuste a la legalidad de una condición especial de ejecución consistente en *“que durante la ejecución del contrato la empresa adjudicataria deberá cumplir y acreditar para las nuevas contrataciones, bajas o sustituciones, que al menos el 30% de las mismas es indefinida.”* El Tribunal, considera que se trata de primar la estabilidad de la plantilla en la prestación del servicio, *“circunstancia que tiene una clara repercusión en la ejecución del contrato y que por otro lado no supone restricción de la competencia ni discriminación de ciertas empresas.”*

<sup>712</sup> Resolución del TACP de Madrid, 411/2019, de 25 de septiembre, se examina la corrección jurídica de una condición especial de ejecución, de carácter social, consistente en: *“1. De conformidad con lo previsto en el artículo 202.2 de la LCSP, se establecen las siguientes condiciones especiales de ejecución, todas ellas de carácter social:*

*- Es condición especial de ejecución mantener la plantilla de personas trabajadoras adscritos a la ejecución del contrato, como consecuencia de la aplicación del criterio 5, sin que proceda la suspensión o extinción de sus contratos de trabajo, salvo las suspensiones o extinciones consecuencia de la voluntad de la persona trabajadora o de despidos disciplinarios.”* En este supuesto, el Tribunal rechaza tal condición especial, pero no lo hace per se, pues el contenido emparenta con las características sociales definidas en el artículo 202 de la LCSP 2017, está vinculada al objeto del contrato y no es discriminatoria; sino porque refuerza una situación de subrogación que, en la práctica, se impone, al otorgar 30 de los 65 puntos posibles, relacionados con la calidad, cuando *“no deriva de la Ley o de un convenio colectivo, y por tanto tampoco puede establecerse un criterio de adjudicación que suponga en la práctica la necesaria absorción de la plantilla.”*

<sup>713</sup> La Resolución examina dos motivos de recurso, formulados por un licitador, contra sendas cláusulas del PPT en la que se establece, a modo de condiciones especiales de ejecución, lo siguiente: *“cláusula 6.2.1. del PPT «uniformidad» en cuanto que establece: «los uniformes, se renovaran como regla general, en el plazo recogido en el Convenio del Sector», y cláusula 7.2. «organización» del PPT que establece: «la empresa garantizará en todo momento que el servicio se presta en las condiciones contratadas de manera que el cómputo horario anual a realizar por cada vigilante no podrá exceder de las horas establecidas en el Convenio Nacional de Empresas de Seguridad».* El Tribunal, recogiendo la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, plasmada en el informe 16/2014, de 1 de octubre, concluye que entre las materias respecto de las cuales puede tener prioridad el convenio de empresa, se infiere que ninguna de ellas está relacionada con la primera condición de ejecución, que regula la renovación de los uniformes *“por lo que no existe ningún impedimento legal en su establecimiento.”* Respecto de la condición relativa al cómputo del horario anual, igualmente, el Tribunal considera inaplicable el artículo 37.1 del convenio de empresa de la recurrente, regulador de la jornada de trabajo, toda vez que la misma queda establecida en el Convenio sectorial de aplicación y fuera del ámbito de los convenios de empresa, todo ello de conformidad con lo previsto en la STS, de 1 de abril de 2016.

prestación del servicio (RTACRC, 457/2019, de 30 de abril<sup>714</sup>), o a la obligada procedencia de fuentes renovables de la energía a suministrar, acreditando su cumplimiento mediante certificado emitido por la CNMC, que el Tribunal considera vinculada al objeto del contrato (TACP de Galicia 88/2019, de 24 de abril), remitiéndose a lo que denomina acertados razonamientos de la Resolución 160/2018, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euzkadi<sup>715</sup>.

En conclusión, como indica SANTIAGO<sup>716</sup>, las pautas marcadas en la doctrina de los tribunales de recursos contractuales expuestas han de servir también de guía para que logremos una contratación pública más sostenible, pero con respeto a los principios básicos de la contratación. En especial, añadimos nosotros, conforme con el artículo 202 de la LCSP 2017, desarrollado en este apartado, no han de ser discriminatorias, deberán estar vinculadas al objeto del contrato, en el sentido establecido en el artículo 145.6 de la misma, ser conformes con el Derecho comunitario y estar previstas en los Pliegos o en el anuncio de licitación.

<sup>714</sup> En la Resolución se examina la impugnación de una condición especial de ejecución que consiste en: *“Cláusula M.2.b) del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que exige, como condición especial de ejecución de carácter general, la suscripción de una póliza de seguro de responsabilidad medioambiental [...], a la que el Tribunal considera razonable exigir al contratista la suscripción de la póliza que cubra el riesgo de la prestación de determinados servicios de acondicionamiento, retirada, transporte y disposición final de los lodos acumulados en las lagunas del EDAR de Ferreires. Y concluye, “La finalidad que se persigue por la norma es, indudablemente, la de garantizar que los contratistas podrán responder de los daños y perjuicios que puedan causar tanto a la Administración (artículo 194.1 LCSP) como a los terceros (artículo 196 LCSP) durante la ejecución del contrato. [...] una condición especial de ejecución que guarda la necesaria vinculación con el objeto del contrato [...]”*

<sup>715</sup> La citada Resolución, recoge: *“la cláusula 10.1 del PCAP es la otra estipulación impugnada. Como su título expresa, se trata de una condición especial medioambiental de ejecución del contrato de las recogidas en el artículo 202.2 de la LCSP. Además de establecer el alcance de la condición (que la electricidad suministrada proceda al 100% de fuentes renovables), indica cuál es la forma de acreditar su cumplimiento; en concreto, se exige que el contratista presente todas las certificaciones de procedencia de la energía suministrada que emita la CNMC de acuerdo con la Orden. [...] el requerimiento es adecuado a la legislación contractual. En primer lugar, aunque no se establece así expresamente (literalmente, solo se habla de “la electricidad suministrada por la adjudicataria”), la exigencia se refiere únicamente a la electricidad suministrada en el marco del contrato, y no a la que pueda el adjudicatario vender en el resto de su actividad. [...] dicha vinculación no existiría si la exigencia se dirigiera a fiscalizar actividades de la empresa no relacionadas de ningún modo con la prestación contractual (así sucedería, por ejemplo, si al contratista se le pidiera la garantía de que, en el desarrollo de toda su actividad comercial, vende exclusivamente energía de origen renovable).*

<sup>716</sup> SANTIAGO FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> José, “Doctrina del Tribunal Administrativo Central y de la Junta de Andalucía ...”, págs. 233-250.

Hemos de recordar, igualmente, la mayor simplicidad de aplicación de características sociales, medioambientales o relativas a la innovación a través de condiciones especiales de ejecución, frente a la dificultad que presentan cuando las introducimos como criterios de adjudicación, debido principalmente a que en este último caso, ha de acreditarse no solo la vinculación al objeto del contrato, común en ambas categorías (criterios y condiciones), sino la evaluación del rendimiento comparativo de las ofertas que requiere la correcta aplicación de los criterios de adjudicación. Las condiciones especiales de ejecución no presentan esa dificultad, si bien, hemos de ser especialmente cuidadosos con su imposición, para que no resulten discriminatorias o especialmente gravosas en su cumplimiento. Por otro lado, como requisitos objetivos, que no inciden en la evaluación de las ofertas, las condiciones de ejecución, han de ser convenientemente evaluadas en el diseño del contrato y, en su caso, tenidas en cuenta en el cálculo del valor estimado del mismo, de modo que no se altere la ponderación existente entre criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas y juicios de valor. De otro modo, si aun siendo consciente el órgano de contratación del coste de algunas condiciones de ejecución, de tipo social o medioambiental, no lo contempla en el valor estimado del contrato, podríamos alterar el justo equilibrio entre criterios matemáticos y de juicio de valor, induciendo al error a los operadores económicos, siendo la ejecución del contrato, fuente continua de conflictos.

Finalmente, no podemos pasar por alto, que el mayor impacto de las características sociales, medioambientales y de innovación se dan en la fase de ejecución que analizamos. Ello se debe a un aspecto innovador, introducido por el legislador interno, al considerar el carácter obligatorio de, al menos, una condición especial de ejecución de estas características. Lo que, en la práctica, debería traducirse en la vía habitual de acceso al carácter instrumental de la contratación pública para alcanzar finalidades propias de otras políticas, sociales o medioambientales a las que complementa, respetando los principios del derecho comunitario. Sin embargo, como veremos al analizar el *estado del arte* en el conjunto de las Administraciones territoriales, nos encontramos con una

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

amalgama de “patologías” importante, detectándose en algunos casos su omisión, en otros la vulneración del principio de no discriminación, en otros la falta de vinculación al objeto del contrato y, en otros, la falta de definición del requisito, sustituido habitualmente por una certificación, social o medioambiental, o una etiqueta genérica que nada puede acreditar, porque nada se ha pedido como requisito en esta fase de ejecución.



## CAPÍTULO IX. Contratos reservados.

Tras este amplio tratamiento de las posibilidades de establecer características sociales, medioambientales y, en menor medida de innovación, incorporadas en las distintas fases del procedimiento de contratación, en el que hemos analizado igualmente finalidades en cuyo contexto se producen aquellas características, deteniéndonos, en las tipificados como *sociales* y, especialmente, en las que presentan una mayor discusión doctrinal y jurisprudencial, tales como el incremento de salarios, el respeto de las condiciones de trabajo, o la mayor estabilidad y empleabilidad en la ejecución del contrato, por su complicada, a veces, dificultad para acreditar la vinculación al objeto del mismo, o para realizar el análisis del rendimiento comparativo de las ofertas; nos adentramos en este apartado a estudiar los contratos reservados<sup>717</sup>, ya se trate de una reserva general, indiscriminada en cuanto a la tipología, siempre que sea posible su prestación por personas dependientes de un Centro Especial de Empleo, de iniciativa social, de empresas de inserción, o de un porcentaje mínimo en el marco de programas de empleo protegido; o se trate de una reserva específica, no enteramente subjetiva, prevista en la Disposición Adicional cuadragésimo octava, para determinados servicios de carácter social, cultural y de salud, que enumera el Anexo IV de la LCSP 2017.

Ambas modalidades casan bien con el estudio que llevamos a cabo y se integran en esta visión socialmente responsable de la contratación pública que mantenemos. Sin embargo, presentan algunas diferencias. La inclusión de características sociales, medioambientales o de innovación, vista hasta ahora, en el marco de una contratación pública que utiliza sus herramientas para incidir,

<sup>717</sup> Véase *Manual de Contratación Pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad*. Dice el Manual, en su pág. 75, que “de forma genérica la reserva obligatoria de ciertos contratos ya había sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a favor de las cooperativas y otras empresas de economía social; y la reserva obligatoria de contratos en relación con los Centros Especiales de Empleo ya existía también a nivel internacional, por ejemplo, en el Reino Unido, o en ciertos estados de Estados Unidos, así como desde hace un tiempo en algunas de nuestras Comunidades Autónomas, que en sus respectivas normativas establecieron la reserva obligatoria a dichos centros de un porcentaje de adjudicación de los contratos que se celebren en su ámbito respectivo.

al menos indirectamente, y como complemento de otras políticas, sociales y medioambientales, activas y directas, debe justificar su oportunidad en la memoria de necesidad del contrato, concretando esa presunción del artículo primero de la LCSP 2017, de convicción de una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos y de una mejora del binomio calidad/precio. Por el contrario, la reserva de contratos, tanto subjetiva -por el tipo de entidad- como semi-objetiva -por el tipo de servicios y entidades que cumplen determinadas condiciones-, reguladas en las Disposiciones Adicionales, cuarta y cuadragésimo octava, sin perjuicio igualmente, de su motivación en la memoria de necesidad del contrato, no presenta discusión desde el punto de vista de su finalidad social, porque reside ya, intrínsecamente en el tipo de contrato, caracterizado de reservado, con acceso limitado para los licitadores que reúnen determinadas condiciones.

En resumen, puede decirse que estamos en presencia de un procedimiento que restringe el libre acceso de licitadores, no incluidos en el tercer sector, o que no presenta determinadas características de índole social, que el legislador quiere proteger, fomentando la obtención de un contrato público.

## **1. Reservas generales. Porcentaje mínimo.**

El legislador europeo es consciente de que el empleo y la ocupación contribuyen a la integración de la sociedad y *“son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos”*, y también lo es de que el principio de no discriminación es uno de los valores que fundamentan la Unión Europea. Esta preocupación por el empleo la plasma en el considerando núm. 36 de la Directiva 2014/24/UE, potenciando la figura de los talleres protegidos y de otras empresas sociales, cuyo objetivo -dice- es apoyar la integración social y profesional o la integración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos marginados. También es consciente que sin un apoyo de los poderes adjudicadores, estos talleres o empresas tendrían dificultades para obtener

contratos<sup>718</sup>. De ahí que, convenga que los Estados miembros puedan reservar para ellos *“el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.”*

Como explican MARTÍN LORENZO y RAMOS ANTÓN<sup>719</sup>, estas razones de política social justifican las restricciones a la libre concurrencia que representa la reserva de contratos. Restricción que fue avalada por el TJUE, en la sentencia de 17 de junio de 1997, asunto Sodemare, C-70/95, de 17 de junio de 1997, según la cual el Estado italiano puede permitir únicamente a los operadores privados que no persigan un fin lucrativo contribuir a la ejecución de su sistema de asistencia social mediante la suscripción de conciertos que dan derecho al reembolso de los costes.

En su *corpus normativo*, como digo en un trabajo anterior, la Directiva distingue entre contratos reservados del artículo 20, que conlleva *“un derecho subjetivo a la participación en los procedimientos de contratación de talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal es la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, siempre que, en todos los supuestos, al menos el 30% de los empleados sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos”*; y contratos reservados para determinados servicios, *“exclusivamente en el caso de servicios sociales, culturales y de salud*

<sup>718</sup> Véase GARCÍA ROMERO, M<sup>a</sup> Belén, Cap. Octavo “Cláusulas de inserción laboral y contratación pública”, del libro *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. Belén GARCÍA ROMERO y María M. PARDO LÓPEZ, Directoras, THOMSON REUTERS ARANZADI, 2017, págs. 239 y ss. Dice la autora, respecto de las empresas de inserción, que *“con la «cesión» de cuotas de mercado a favor de estas empresas por parte de las administraciones públicas, se satisface un doble fin social. De un lado, la cobertura de las necesidades sociales de la ciudadanía y, de otro, la inclusión sociolaboral de colectivos con especiales dificultades de inserción -lo que constituye precisamente su objeto social- a través de empresas que, además, son rentables desde el punto de vista financiero.”*

<sup>719</sup> MARTÍN LORENZO, Beatriz, RAMOS ANTÓN, Francisco, “La reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social”, *Contratación Administrativa Práctica* n<sup>o</sup> 165, enero-febrero 2020, N<sup>o</sup> 165, 1 de enero de 2020, Editorial Wolters Kluwer. Pág.3.

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

*del artículo 77 para organizaciones de economía social y sin ánimo de lucro, que cumplan determinadas condiciones*<sup>720</sup>.”.

El artículo 20 de la Directiva se ha incorporado a nuestro derecho interno, a través de la norma de transposición, la LCSP 2017, en la Disposición Adicional cuarta “*Contratos reservados*”, que contempla, la fijación de porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, y a empresas de inserción<sup>721</sup>, aunque cabe, igualmente, un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición, en todo caso, de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social, sea el previsto en su normativa de referencia y, al menos, del 30 por 100.

En esta disposición, se introducen dos importantes novedades, no contempladas en la norma precedente, el TRLCSP, la primera es que no procede la exigencia de garantía definitiva a la que se refiere el artículo 107, y la segunda, de mayor relevancia, es el calificativo introducido respecto de la tipología de los centros especiales de empleo, que en la LCSP 2017, han de ser de *iniciativa social*<sup>722</sup>,

<sup>720</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “Las cláusulas de Responsabilidad social en la Contratación Pública Local”, págs. 313 y ss

<sup>721</sup> Reguladas respectivamente, en el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social, aprobado por R.D.Leg.1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación de Empresas de Inserción.

<sup>722</sup> La consideración de Centros especiales de empleo de iniciativa social viene dada por la Disposición final decimocuarta, que modifica el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por R.D.Leg.1/2013, de 29 de noviembre. Se añade un apartado 4 al artículo 43, refiriéndose a estos centros como aquéllos que “*son promovidos y participados en más de un 50%, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.*”

aspecto éste que, como digo en el trabajo anterior citado, era *“muy demandado por las organizaciones del tercer sector, debido a las dificultades de competir en igualdad de condiciones con los centros especiales con ánimo de lucro, especialmente por la mayor estabilidad en el empleo que caracteriza a los primeros, acarreándoles mayores costes.”*. Pero esta disposición, únicamente establece para la Administración General del Estado un plazo para su implantación de un año, a contar de la entrada en vigor de la LCSP 2017, previendo que, si transcurrido el mismo, no se hubiera adoptado acuerdo, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva del 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de la Ley<sup>723</sup>.

La fijación de porcentajes ante la previsible inactividad de la Administración, constituye otra de las novedades incorporadas a la LCSP 2017, y convierte a la DA cuarta en un mandato concreto con el que corregir las habituales resistencias de los órganos de contratación hacia la declaración de reserva, ya sea mediante norma general, acuerdo<sup>724</sup>, Instrucción<sup>725</sup> o plan anual de contratación<sup>726</sup>.

<sup>723</sup> Véase el *Plan Reincorpora-t*. La Medida 27 del mismo, *Fomento de los contratos reservados para Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y para Empresas de Inserción reguladas*, establece que: *“a partir del desarrollo de esta medida por el Consejo de Ministros, el SEPE promoverá el cumplimiento de la aplicación, por los órganos del Sector Público Estatal, del porcentaje mínimo de reserva señalado en la referida Ley, fomentando a su vez que los Servicios Públicos de Empleo correspondientes realicen un seguimiento de esta modalidad de contratación, promocionando las buenas prácticas en la contratación de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y de Empresas de Inserción regulada.”*

<sup>724</sup> PRECIADO DOMÉNECH, Hugo, *Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, Edit. Bomarzo, primera edición 2018, pág. 119. Se hace eco el autor, del Acuerdo de Consejo de Gobierno, de 3 de mayo de 2018, de la Comunidad Autónoma de Madrid (BOCM, núm. 116, de 16 de mayo de 2018), por el que se establece la reserva de contratos públicos a favor de ciertas entidades de la economía social y se impulsa la utilización de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública de la Comunidad de Madrid. En virtud de dicho acuerdo, se reserva el 8 por ciento del presupuesto total de los contratos adjudicados por la Comunidad de Madrid, tomando como referencia el presupuesto del ejercicio inmediatamente anterior.

<sup>725</sup> El Ayuntamiento de Valladolid, en su Instrucción 1/2018, establece en la Exposición de motivos que *“en materia social, se impone la reserva de un 8 a un 10% de contratos para centros especiales de empleo y empresas de inserción, concretando que la reserva se reflejará en el plan anual de contratación.”* Y matiza, en su artículo 46, que en ese porcentaje no se incluirá la reserva de contratos de servicios sociales, culturales y de salud para empresas de economía social y otras organizaciones que establece la disposición adicional 48ª de la LCSP 2017.

<sup>726</sup> El acuerdo es también utilizado por el Ayuntamiento de Logroño para aprobar su plan anual de contratación, el que corresponde a 2019, adoptado por la Junta de Gobierno Local, de fecha 27 de febrero de 2019, en cuyo anexo, se fija la reserva por tipología de contratos, obras y servicios. De entre ellos, destacan la realización de obras para un centro de dinamización artística para jóvenes, la adecuación y mejora del cementerio musulmán, y la remodelación de

Por su parte, el derecho autonómico también ha regulado la reserva. Así, la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, cuyo artículo 36, *Contratos reservados por motivos sociales*, se refiere igualmente a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o sin ánimo de lucro, y a Empresas de Inserción, con un porcentaje de reserva algo inferior (6%), la posibilidad de establecer alternativas al cumplimiento del mismo para conseguir los fines propios de la reserva<sup>727</sup>, así como la limitación al 20% de la subcontratación en un contrato de esta naturaleza, salvo que aquélla se realizara con otro centro especial de empleo o empresa de inserción. También la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, en su artículo 7, *Reservas sociales de contratos*, prevé la fijación de unos porcentajes, mínimo y máximo, a través de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma. La reserva se hace a favor de los centros especiales de empleo, cuando al menos el 70% de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que *“debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales, y a empresas de inserción, así como reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.”* O la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico de Galicia, cuyo artículo 26, apartado 2, se refiere a los objetos contractuales susceptibles de reserva<sup>728</sup>, si bien, dictada al amparo de la normativa europea y básica existentes en ese momento. Y, finalmente la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de Contratación Pública Socialmente Responsable de Extremadura,

los vestuarios del Parque de Servicios. Aunque el Plan no fija un porcentaje mínimo, el sumatorio de los valores estimados de los contratos reservados, se sitúa por encima del 7% de los contratos adjudicados por el Ayuntamiento en el ejercicio de 2018.

<sup>727</sup> Entre estas alternativas, se señalan: *“-Que subcontrate con un CEE sin ánimo de lucro, un CEE de iniciativa social o una Empresa de Inserción, aquellos servicios que sí presten este tipo de empresas. -Que en caso de necesitar sustituir o contratar más personal, acredite haber remitido a los servicios de empleo y/o agencias de colocación o al Departamento de Derechos Sociales la oferta de empleo para cubrir dichos puestos con personas con discapacidad o en situación de exclusión social. -Que organice prácticas laborales para personas con discapacidad o en situación de exclusión social.”*

<sup>728</sup> *“2. Los objetos contractuales susceptibles de reserva serán las obras y los servicios de conservación y mantenimiento de bienes inmuebles, los servicios de conserjería, mensajería y correspondencia, los servicios de jardinería y forestal, de artes gráficas, de limpieza y lavandería, de restauración, de recogida y transporte de residuos, de fabricación de ropa de trabajo y servicios y de suministros auxiliares para el funcionamiento del sector público. Los órganos de contratación podrán ampliar la reserva a otros objetos contractuales atendiendo a su adecuación a las prestaciones de los centros y de las empresas a que se refiere este artículo.”*

que prevé en su artículo 30, la obligación de reservar a la participación en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o lotes de los mismos, a centros especiales de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción, o un porcentaje mínimo en la ejecución de programas de empleo protegido, difiriendo los porcentajes mínimos a un acuerdo de Consejo de Gobierno.

Coincidimos con GARCÍA ROMERO, en que la reserva de contratos supone una limitación del principio de concurrencia. Pero también, en que la restricción, proporcionada a la consecución de un fin social, como es la promoción en el empleo de las personas más vulnerables, o que más dificultad tienen para acceder al mercado de trabajo, a través de las empresas que les acogen, conlleva la obtención de un derecho preferente, limitado a su naturaleza social, previsto por el legislador para compensar las desventajas con las que acuden a la licitación pública. Y con Miguel Ángel BERNAL BLAY en que para conseguir estos fines sociales son precisos *profundos y actualizados conocimientos de contratación*<sup>729</sup>, para propiciar una nueva cultura de la contratación pública, capaz de revertir una tendencia economicista que, sin dejar de apreciar el valor de sus postulados sobre la eficiente utilización de los fondos públicos, sirva al mismo tiempo para comprar con un patrón que tenga en cuenta necesidades expectativas de los ciudadanos, de carácter social y medioambiental, complementarias a las previstas en otras políticas activas.

Pero, ¿qué dicen los TARC al respecto de estas reservas y su limitación de la libre concurrencia, realmente existe?. No en la doctrina de los TARC, hasta el punto de que la inexistencia de acuerdo previo declarando la reserva no es obstáculo para la convocatoria de la licitación, porque lo que preocupa al Tribunal es que haya licitaciones con reserva (TACGal. 67/2018, de 3 de septiembre<sup>730</sup>),

<sup>729</sup> BERNAL BLAY, Miguel Ángel, Cap. III “El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos” del libro *Contratación Pública Estratégica*, Director PERNAS GARCÍA, J. José. Segunda Parte, pág. 184, Ed. Aranzadi, S.A. 2013.

<sup>730</sup> Examina la decisión adoptada por el Ayuntamiento de reservar el contrato de servicio de mantenimiento y limpieza de los contenedores de aceite de cocina, a entidades de economía social, y señala que tal decisión “*va en la dirección auspiciada por el legislador, no en su contra.*”, y le quita relieve al hecho de la inexistencia de acuerdo previo municipal, porque lo que le preocupa es que haya licitaciones con esta reserva. La reserva de la DA cuarta, dice el Tribunal,

considerando que el carácter de la iniciativa social es una condición legal de aptitud, sin que ello implique una vulneración de los principios de igualdad y no discriminación (RTACRC, 860/2018, de 1 de octubre<sup>731</sup>), tampoco vulneración del principio de libre concurrencia (TACP de Madrid 368/2018, de 28 de noviembre<sup>732</sup>),

está concebida de forma no restrictiva, pues no se recogen excepciones hacia determinados tipos de contratos, cuantía, procedimientos de adjudicación, etc. En consecuencia, desestima el recurso interpuesto. Véase en este sentido GÁLLEGO CÓRCOLES, Isabel, “Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017 de contratos del sector público: primeras experiencias aplicativas”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 159, enero-febrero 2019, Editorial Wolters Kluwer, pág.8, que señala: *“aunque la redacción del artículo 99 no resulte en exceso afortunada, como señala Informe 19/2018, de 17 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, los órganos de contratación pueden acordar específicamente reservar contratos o lotes independientemente de que se haya adoptado o no el acuerdo genérico de reserva por el órgano competente.”*

<sup>731</sup> Concluye el Tribunal: *“no podemos aceptar la ilegalidad de la cláusula del cuadro de características del pliego impugnado pues no hace sino acogerse a los nuevos predicamentos que para los beneficiarios de los contratos reservados contempla la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP, en esencia, el requisito de que dichos CEE han de ser de iniciativa social para redundar en la protección de las políticas a favor de la integración y el derecho al trabajo de las personas con discapacidad (artículo 43 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad).”*

<sup>732</sup> En la Resolución se examina el recurso especial interpuesto contra el PCAP del contrato, al entender la recurrente que la reserva debe referirse a todos los centros especiales de empleo y no solo a los denominados de iniciativa social, orientándose a una finalidad contraria a la que previene el ordenamiento de la UE, concretamente el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE. El Tribunal aclara que la existencia de una reserva no implica la vulneración del principio de libre concurrencia, en todo caso se modula, interpretamos nosotros, por razones de interés social, porque, en otro caso, estas empresas tendrían muy difícil ser adjudicatarias en un procedimiento abierto de contratación. En definitiva, considera el Tribunal que *“el legislador pretende asegurar que la quiebra del principio de libre competencia en la contratación sirva al fin para el que se ha establecido, mejora de las condiciones de empleo de las personas discapacitadas o desfavorecidas.”* y, en consecuencia, declara que las cláusulas impugnadas resultan acordes con la normativa. Respecto a la posible vulneración del principio de libre concurrencia, la Resolución 100/2018, de 13 de agosto, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi pone de relieve que: *“el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE no establece un mandato claro e incondicionado, se trata de una posibilidad de transposición (“podrá”) que el estado miembro puede o no ejercer, de tal modo que la opción de no incorporar este contenido (que supone una excepción al principio general del libre acceso a la contratación de todos los operadores económicos capacitados con independencia de su forma o características legales u organizativas) no hubiera merecido los reproches o consecuencias jurídicas de una transposición incorrecta. Con más razón, una vez tomada la opción de transposición, el legislador goza de un margen de discrecionalidad a la hora de definir y concretar en el derecho interno lo que se entenderá por “operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas”. La existencia de dicho amplio margen descarta que nos hallemos ante un mandato preciso, claro e incondicionado merecedor de efecto directo”*. El criterio, nos dice Isabel GÁLLEGO en “La introducción de cláusulas sociales como criterio de adjudicación”, *“ha sido seguido por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en sus Resoluciones 195/2018, 196/2018, 197/2018, 198/2108 y 199/2018, todas ellas de 3 de octubre.”*, así como la Resolución 202/2018, de 10 de octubre. Págs. 81 y ss.



En síntesis, la reserva de contratos a Centros especiales de empleo de iniciativa social, empresas de inserción o un mínimo para el desarrollo de programas de empleo protegido, no constituye ninguna vulneración de los principios de libre competencia y no discriminación, como ha quedado evidenciado, siendo una manera de proteger el empleo de las personas más vulnerables, a través de la contratación pública. Los problemas suscitados sobre vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato, cuando éste incorpora una perspectiva social o medioambiental, tramitados por procedimientos que no implican reserva a empresas sin ánimo de lucro, no operan en los reservados pues su razón de ser está acotada en el propio ámbito restrictivo de la licitación. Pese a lo cual, puede decirse, que la reserva de contratos no acaba de *funcionar*, y no solo porque no se tomen acuerdos de reserva en los ámbitos autonómicos y locales, -recordemos que para los poderes adjudicadores del Estado rige la reserva fijada en la DA cuarta, del 7%, por otra parte, prescindible, como hemos visto, sino también porque a menudo los órganos de contratación no encuentran el acomodo necesario para la prestación de determinados servicios por estas Entidades. Quizás falte, del lado de los gestores, públicos una mayor concienciación, mejor conocimiento del modelo, y de ahí, la debida proactividad; y del lado de estas entidades, una mayor comunicación para explicar el modelo prestacional sobre aquellos servicios donde su eficacia está demostrada.

## **2. Reservas específicas. Servicios sociales, culturales y de salud.**

Por su parte, el artículo 77 de la Directiva, se transpone en la Disposición adicional cuadragésima octava “*Reserva de ciertos contratos*<sup>733</sup>, *de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones*”, que deberán cumplir las condiciones de realización de misión de servicio público, que los beneficios se reinviertan en los objetivos de la organización, o se distribuyan con arreglo a criterios de participación, que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato, se basen en la propiedad de los

<sup>733</sup> Se trata de contratos de servicios que llevan los códigos: CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8.

empleados y, por último, que el poder adjudicador no haya adjudicado a la organización un contrato en los tres años precedentes. La duración máxima del contrato no excederá de tres años. Se trata de una modalidad, más excepcional aún, que la regulada en la reserva de la Disposición Adicional cuarta, vista en el apartado anterior, y se trata como en aquélla de excepcionar el principio de prohibición de reservar contratos a favor de entidades por su forma jurídica o por su falta de ánimo de lucro, previsto en el art. 132 de la LCSP 2017<sup>734</sup>.

En el caso de la reserva de contratos de la Disposición adicional cuadragésimo octava, dice el TACRC, en su Resolución núm. 1477/1219, de 19 de diciembre, *“los requisitos son aún más excepcionales. Desde una perspectiva objetiva, los contratos sólo podrán tener por objeto ciertos servicios de carácter social, cultural y de salud; desde una perspectiva subjetiva, la reserva sólo podrá efectuarse en favor de las entidades que reúnan los requisitos establecidos en el apartado 2 y, desde una perspectiva temporal, la duración máxima de este tipo de contratos reservados no excederá de tres años.”*. Entiende el Tribunal, que es clara la voluntad del legislador europeo e interno de que, primero, el órgano de contratación realice un esfuerzo por demostrar el encaje del contrato que pretende licitar en alguna de las categorías citadas y, después, por publicitar dicha situación.

Esta reserva, según dice el TACRC, en su Resolución núm. 688/2019, de 20 de junio:

*“es el resultado de la STJUE de 28 de enero de 2016 “CASTA y otros”, Asunto C50/14, que abre nuevas perspectivas a la colaboración de entidades sin ánimo de*

<sup>734</sup> Como dice el TACRC, en su Resolución 510/2019, de 9 de mayo: *“la reserva del contrato sólo cabe en los términos de las DA 4ª y 48ª de la LCSP.”*, o en su Resolución 881/2019 de 25 de julio, que expresa: *“en síntesis, nos encontramos con un principio de carácter general, consagrado en el artículo 132 de la LCSP, de prohibición de reservar contratos a entidades por su forma jurídica o por su falta de ánimo de lucro, que puede ser excepcionado en los supuestos de las disposiciones adicionales cuarta y cuadragésima octava [...] en el caso de la reserva de contratos de la Disposición Adicional Cuadragésimo Octava, los requisitos son aún más excepcionales. Desde una perspectiva objetiva, los contratos sólo podrán tener por objeto ciertos servicios de carácter social, cultural y de salud; desde una perspectiva subjetiva, la reserva sólo podrá efectuarse en favor de las entidades que reúnan los requisitos establecidos en el apartado 2 y, desde una perspectiva temporal, la duración máxima de este tipo de contratos reservados no excederá de tres años.”*.

*lucro en el ámbito de prestaciones a personas en los sectores sanitarios y sociales, que se inclinó por la legalidad y conformidad con la Directivas Comunitarias de una legislación interna que posibilitase este tipo de contratos, concluyendo que admite esta posibilidad de adjudicación directa, y recuerda cuales deben ser los principios que deben respetarse para validarse esta posibilidad: a) Se requiere que, cuando actúan en ese marco, las asociaciones de voluntariado no persigan objetivos distintos a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan. b) Que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros. c) La actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional (sentencia Azienda sanitaria locale n.5 “Spezzino” y otros, C113/13, apartado 61).”*

Volvamos a los requisitos que deben reunir las organizaciones a los que se refiere esta disposición adicional. Es evidente que el objeto social de las mismas debe estar alineado con la realización de un servicio público vinculado a los códigos CPV que se señalan para contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud. Pero además, han de darse otros, tales como la reinversión de beneficios o su distribución con arreglo a criterios de participación, y una estructura organizacional que se asienta en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas. Ni la LCSP 2017, ni la Directiva 2014/24/UE, nos dan más pistas sobre qué tipo de organización obedece a este modelo que describe. Aunque, si nos basamos en la *Resolución de 15 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2017, por el que se aprueba la Estrategia Española de Economía Social 2017-2020*<sup>735</sup>, concretamente en su eje de actuación núm. 5.1., que informa del marco jurídico vigente, sobre aspectos relacionados con los contratos relativos a servicios educativos, culturales, sanitarios o sociales a empresas propiedad de los trabajadores o en las que

<sup>735</sup> Publicada en el B.O.E., de 20 de marzo de 2018. Esta medida, establece el eje 5.1., “*continúa el camino marcado por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, extiende la posibilidad de reserva en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a las empresas de inserción*”

estos participan en la gestión de la misma; encontramos la relación que buscamos entre entidades a las que se refiere la Disposición Adicional que comentamos y las entidades de economía social, contempladas en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

El artículo 5.1 de la citada Ley, establece que forman parte de la economía social<sup>736</sup> *“las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos en el artículo anterior.”*. Estas entidades actúan sobre la base de los siguientes principios orientadores: *a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa [...] b) Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad. c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad [...]. d) Independencia respecto a los poderes públicos.*

Por su parte, la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, se refiere en su preámbulo, a una serie de principios rectores de la actuación de las entidades que lo integran, en concreto los de naturaleza organizativa, tales como tener personalidad jurídica propia, ser de naturaleza jurídica privada, no tener ánimo de lucro, asegurar la participación democrática de sus miembros, o tener carácter altruista, entre otros. En todo caso, establece el artículo 2.2, son entidades del Tercer Sector de Acción Social, las asociaciones, las fundaciones, así como las federaciones o asociaciones que las integran, siempre que cumplan con lo previsto en la Ley. Más explícito resulta su artículo 4, que recogiendo los principios enunciados en su preámbulo, concreta los objetivos y actividades de

<sup>736</sup> El artículo 2 *Concepto y denominación*, dice que se denomina economía social *“al conjunto de las actividades económicas y empresariales, que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos.”*

interés general que le corresponden: “1.<sup>a</sup> La atención a las personas con necesidades de atención integral socio-sanitaria. 2.<sup>a</sup> La atención a las personas con necesidades educativas o de inserción laboral, y 3.<sup>a</sup> El fomento de la seguridad ciudadana y prevención de la delincuencia.”. Como puede verse, las organizaciones incluidas en este conglomerado responden bastante bien a los requisitos de la Disposición adicional, aunque solo cubrirían el espectro socio-sanitario.

Algo más amplio es el objeto de las actividades a realizar por las Entidades que forman parte de la economía social, que persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos, desde el que puede darse respuesta a la prestación de servicios de carácter social, cultural o relativos a la salud, cuyos contratos se hallen clasificados en los códigos CPV del anexo IV de la LCSP 2017, que se indican en la citada Disposición Adicional.

De ambas normas puede colegirse la reunión de requisitos exigibles para conformar el ámbito subjetivo de la prestación, esto es, entidades que forman parte del conglomerado de la economía social y entidades que lo son del denominado tercer sector de la acción social, cada una con sus peculiaridades, y sujeta a los principios que hemos visto. Sin embargo, es el momento de preguntarnos cuál es el fin de esta reserva de contratos del ámbito de la salud, la cultura y de lo social, a favor de este tipo de Entidades. ¿Porqué distingue el legislador, dentro de las posibilidades de reserva, entre centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción, de un lado, y el resto de Entidades que forman parte de la economía social, más el tercer sector de acción social, de otro?.

Sabemos que en un caso, el de la Disposición adicional cuarta, prima el ámbito subjetivo, esto es, las entidades de la economía social como agentes activos de la reserva, que puede extenderse a cualquier tipo de contratos compatibles con su objeto y la profesionalización de su personal; y en otro, el de la disposición adicional cuadragésima octava, se definen tanto características objetivas -

contratos de carácter social, cultural y de la salud-, como subjetivas -Entidades que forman parte de la economía social como del tercer sector de acción social-; pero no encontramos en la bibliografía una explicación razonada del porqué de los distintos sujetos activos a los que se dirige la reserva.

Sea como fuere, sí nos interesa destacar, por lo que al objeto de esta Memoria se refiere, que lo relevante de la reserva, como respuesta a esa perspectiva social que impregna el carácter estratégico de la LCSP 2017, no solo en el proceso de la contratación pública, cuyas fases hemos estudiado; sino también en la reserva compatible y no discriminatoria de contratos en general y de contratos de servicios sociales, culturales y de salud; se manifiesta en un fin social más, no tanto por la prestación objeto del contrato, sino por el objeto de las Entidades y trabajadores adscritos a las mismas, personas con discapacidad o en situación de exclusión social (Centros Especiales de Empleo y Empresas de inserción) y empleados que participan en la toma de decisiones y en la distribución o redistribución de beneficios (Entidades de la economía social y del tercer sector de acción social)<sup>737</sup>.

Una vez más la LCSP 2017, marca ese profundo talante de inspiración social al fomentar el empleo entre personas con dificultad para obtenerlo, o en Entidades integradas por trabajadores que llevan a cabo una especie de autoempleo participativo en el que prima la persona frente al capital. Se trata en definitiva de dos modelos diferentes de integración de características sociales, en un caso -proceso de contratación- a través de sus fases de acreditación de capacidad, solvencia, preparación y adjudicación y ejecución y extinción, y en otro, más cerrado, mediante la reserva de contratos o de servicios determinados a ciertas Entidades reconocidas por la ausencia de lucro y la autogestión de los trabajadores. Ambos modelos no pugnan, sino que se complementan,

<sup>737</sup> Resulta revelador el artículo 4 *Principios orientadores*, de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía social, al decir: *“Las entidades de la economía social actúan en base a los siguientes principios orientadores: a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital (el subrayado es nuestro), que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social.*

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

completando las distintas posibilidades de colaboración con las políticas sociales directas.

## CAPÍTULO X. Servicios a las personas.

Al igual que en el apartado anterior, ya no nos referimos a posibilidades de integración de aspectos o características sociales, medioambientales y de innovación a través del iter procesal de la contratación pública, sino de servicios y contratos que llevan el marchamo propio de la perspectiva social, ya sea por su reserva a determinadas Entidades o a singulares servicios o, como en el caso del que ahora nos ocupamos, a determinadas actividades que pueden adoptar forma contractual o no, y en este último caso, mediante fórmulas organizativas previstas por las Comunidades Autónomas.

Pero, para situarnos en contexto, es preciso delimitar el concepto de *servicios a las personas*. A ello contribuye la Directiva 2014/24/UE que, en su considerando núm. 114, cuando alude a determinadas categorías de servicios, *“en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos”*<sup>738</sup>, indica que estos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales, y señala que *“debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios.”*

La Directiva, como señala DOMÍNGUEZ MARTÍN<sup>739</sup>, *“prevé que exista un régimen especial de servicios dirigidos a los ciudadanos (educativos, sociales,*

<sup>738</sup> Como Recuerda GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>., en su artículo “La Contratación Pública en los contratos sanitarios y sociales”, publicado en el Observatorio de Contratación Pública: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/relcategoria.208/re/menu.3/chk.fda916418919b4edadc19f1025462bf6>, *“no puede desconocerse el hecho de que la Comisión Europea ha venido recordando que son valores esenciales de la Comunidad la protección de la salud humana, la igualdad entre hombres y mujeres, y la cohesión social y territorial (Comunicación de la Comisión Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea, de 26 de abril de 2006, COM (2006) 177 final).”*

<sup>739</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica, “Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público”, núm. 50 de la *Revista General de Derecho Administrativo*, (Iustel, enero 2019, y en *Estudios y Comentarios* de la sección “La Administración al día del INAP, 19/03/2019). Comenta la autora que *“los servicios de interés general no económicos (SIGNE), en cuanto actividades de mercado carácter social, no forman*



*sanitarios) y habilita un tratamiento diferenciado de estas actividades, alejado de una perspectiva económica o de mercado ya que, por su propia naturaleza, tienen una dimensión transfronteriza limitada.”* En este sentido, el considerando núm. 6 de la misma, prevé que los servicios no económicos de interés general (SIGNE) deben quedar excluidos de su ámbito.

Y, como afirma GIMENO, *“el proceso de transposición de la Directiva europea sobre contratación pública a la legislación interna, permite diseñar un nuevo marco regulatorio alejado del tradicional modelo de contratación pública, pues los artículos 76 y 77, de alcance potestativo para los Estados, habilitan tanto la reserva de contratos como un régimen singular en el ámbito de la salud y de los servicios sociales en servicios a las personas (y de educación).”* Servicios que, como dice el profesor, *“al no organizarse prioritariamente como actividades económicas, no les son de aplicación las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, ni las reglas sobre competencia y ayudas públicas, por no formar parte del mercado interior<sup>740</sup>”*

También la LCSP 2017, en su exposición de motivos, identifica como servicios a las personas *“ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos”*, sobre los que señala que los poderes públicos tienen libertad para prestarlos por sí mismos, u organizarlos de modo que no se precisen contratos públicos, poniendo como ejemplo su simple financiación o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan unos requisitos previos, respetando principios de publicidad, transparencia y no discriminación.

*parte del mercado interior. Las actividades que se encuadran en esta categoría de SIGNE responden, de forma esquemática, a los siguientes elementos: su financiación es primordialmente pública, sin perjuicio de la existencia de una contraprestación por los usuarios que no cubre el coste del servicio por lo que no resulta significativa; y persiguen la consecución de objetivos sociales y efectos redistributivos. Dentro de los SIGNE se pueden incorporar tanto actividades que no tienen dimensión económica como actividades donde sí existe una dimensión económica, pero su presencia queda relegada en un segundo plano ante la relevancia de la dimensión social de la actividad.”*

<sup>740</sup> GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>., Cap. VI.2 “Los Contratos de servicios a las personas y su exclusión de la Ley de Contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de servicios sociales” del libro *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP la LRJSP y la LRSAL*, Coordinador Martínez Fernández, José Manuel,” Ed. Wolters Kluwer, 2019. Págs. 689-710.

El contexto que delimitamos puede completarse con la consideración de los servicios sociales dentro de los servicios de interés general, contribuyentes de valores esenciales de la Comunidad, tales como un alto nivel de empleo y de protección social, un elevado nivel de protección de la salud humana, la igualdad entre hombres y mujeres, y la cohesión social y territorial.<sup>741</sup> Con estas particularidades, MARTÍN EGAÑA<sup>742</sup>, nos da una definición de los llamados *servicios a las personas*, “*como aquellas actividades de interés general que son esenciales para satisfacer las necesidades básicas de la población y garantizar el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales, contribuyendo a la mejora continua de la atención especializada a las personas usuarias, y favoreciendo elevados niveles de protección social.*”

En definitiva, como he dicho en un trabajo anterior<sup>743</sup>, “*junto con la tradicional salvaguarda de los principios clásicos originarios de la contratación pública, incluidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, y otros derivados, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia, bajo un ámbito economicista de la contratación, que persigue la eficiente utilización de los fondos públicos, puesta de manifiesto en el considerando (2) de la Directiva 2014/24/UE, y en el artículo 1. de la LCSP 2017; el legislador comunitario nos recuerda en el considerando (6) de aquélla, que los Estados miembros gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios o de cualquier otro servicio, como los servicios postales, los servicios de interés económico general o los servicios no económicos, igualmente de interés general,*

<sup>741</sup> Véase COM (2006) 177 final, Comunicación de la Comisión sobre la Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea, de 26 de abril de 2006.

<sup>742</sup> MARTÍN EGAÑA, Arantza, “Los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social”, artículo en prepublicación aceptada por la revista Gabilex. Matiza la autora, que se trata, por tanto, “*de servicios que tienen como eje central a la persona, y en cuya organización y prestación priman los criterios de solidaridad y cohesión social frente al de eficiencia económica. Por ello, deben responder a los principios de universalidad, igualdad de acceso, equidad, continuidad en la atención, transparencia y calidad.*”

<sup>743</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “Novedades en los contratos de obras, servicios y suministros. Los contratos de servicios a las personas”, *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 23/2017, de 15 de diciembre, Editorial Wolters Kluwer. Pág. 11.

*o una combinación de ambos. Visión ésta más alejada de lo puramente mercantil en la que juegan otros principios y valores de carácter social, sanitario o educativo o, como dice Belén CUBA VILA<sup>744</sup>, “desde la mirada de la garantía prestacional, irrenunciable, en la búsqueda de la consecución de unos parámetros estándar de calidad”. Sobre la calidad nos habla, igualmente, el profesor GIMENO<sup>745</sup>, recalcando que sobre estos servicios nos interesa su correcta prestación, a un nivel óptimo de calidad, “atendiendo al mejor resultado que pueda obtenerse. Lo que tiene su importancia a la hora de articular los mecanismos jurídicos para su puesta en funcionamiento, de tal manera que pueden utilizarse fórmulas no contractuales o, en su caso, prever singularidades al concreto contrato público”.*

De lo expuesto, podemos establecer ya una clasificación. De un lado los contratos que por su objeto se refieren a prestaciones de servicios sociales y otros específicos regulados en el Anexo IV de la LCSP 2017, que han de regirse por ésta, ya sea bajo el régimen correspondiente a los contratos de servicios, ya sea por el previsto en la Disposición Adicional cuadragésima octava, sobre reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones, según hemos visto en el apartado anterior. De otro, servicios sociales excluidos de la LCSP 2017, cuyo art. 11.6, establece: *“queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que ésta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.”*; servicios que los poderes públicos competentes pueden organizar, como dice el considerando

<sup>744</sup> CUBA VILA, Belén, “Metamorfosis competencial y licitatoria de los servicios sociales”. *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 24/2015, de 30 de diciembre. Editorial Wolters Kluwer, pág. 15.

<sup>745</sup> GIMENO FELIU, José M<sup>º</sup>, “Los Contratos de servicios a las personas y su exclusión de la Ley de Contratos...”, págs. 689-710.

núm. 114 de la Directiva, mediante la simple financiación de los mismos, u organizarlos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos.

En los siguientes apartados analizaremos la formas contractuales y no contractuales o alejadas de la normativa de contratación pública, analizando sus respectivos regímenes jurídicos.

## **1. Forma contractual. Servicios especiales del Anexo IV de la LCSP 2017. Umbrales y especialidades.**

La Directiva, en su considerando núm. 114, después de referirse a determinadas categorías de servicios conocidos como *servicios a las personas*, manifiesta que, por su propia naturaleza, siguen teniendo una dimensión transfronteriza limitada. Razón por la cual, a continuación, añade que debe establecerse para ellos un régimen específico, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios. Umbral, por debajo del cual no revisten normalmente interés para los proveedores de otros estados miembros. Por el contrario, los que ya califica de contratos de este mismo tipo, refiriéndose a valores situados por encima del umbral (750.000 euros, que pasa a ser de 5.225.000 euros, para las concesiones), deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión.

Por su parte, la LCSP 2017, en su art. 11.6., establece, como hemos dicho, la exclusión de la prestación de los servicios sociales por entidades privadas, y añade la expresión *“siempre que se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos”*. De la concordancia entre ambas normas, podemos colegir que la prestación de los denominados servicios a las personas, tomará la forma contractual siempre y en todo caso cuando los contratos alcancen valores por encima del umbral de armonización y, potestativamente, cuando aun por debajo del citado umbral, adopten la forma de contratos de servicios o de concesión de servicios, regidos por la LCSP 2017<sup>746</sup>. De igual consideración serán los

<sup>746</sup> Véase Comisión Europea, *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest* pág. 12, Bruxelles, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2. Dice su introducción, que *“Las normas relativas a los contratos públicos y a las concesiones sólo*

contratos reservados vistos en el apartado anterior, en los que se limita la licitación a prestadores de servicios sin ánimo de lucro<sup>747</sup>. Nótese de esta afirmación, que damos por sentado un régimen equivalente para los servicios sociales y el resto de servicios no excluidos de la LCSP 2017, pero que según su exposición de motivos, formarían el conjunto de lo que entendemos por servicios a las personas (sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos), respecto de los cuales no es necesario celebrar contratos públicos.

Por tanto, para aquellos contratos de servicios sociales y otros del grupo de servicios a las personas, a partir del umbral citado, están sometidos a normas de transparencia en toda la Unión, y los Estados tienen un amplio margen de maniobra, para organizar la elección de los proveedores del modo que consideren más oportuno, aplicando criterios cualitativos específicos, tales como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los servicios

*se aplican si una autoridad pública decide encomendar la prestación de un servicio a un tercero a título oneroso.*

*Si, en este marco, una entidad o poder adjudicador decide adjudicar un servicio público o un contrato de servicios, el contrato entrará en el ámbito de la Directiva 2004/18/CE o de la Directiva 2004/17/CE solo si se alcanzan los umbrales pertinentes de aplicación de la misma.”*

<sup>747</sup> La Guía citada en la nota anterior, en respuesta a la cuestión 209: “¿Se puede limitar la licitación solo a los prestadores de servicios sin ánimo de lucro?, expresa: “el Derecho nacional, cuando regule una actividad determinada, puede, en casos excepcionales, limitar el acceso a ciertos servicios en favor de organizaciones sin ánimo de lucro. En este caso las autoridades públicas están autorizadas a limitar la participación en un procedimiento de adjudicación de contratos a tales organizaciones sin ánimo de lucro, siempre que el Derecho nacional se ajuste al Derecho de la Unión. Sin embargo, ese Derecho nacional estaría restringiendo la aplicación de los artículos 49 y 56 del TFUE, relativos a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios, restricción que debería justificarse caso por caso. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esa restricción podría estar justificada, en particular, si es necesaria y proporcional para conseguir determinados objetivos sociales perseguidos por el sistema nacional de seguridad social”. Véase TJUE, asunto C-70/95, Sodemare SA/Regione Lombardia, Rec. 1997, p. I-3395.

Sobre el particular, pueden verse las Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 14 de noviembre de 2018, en el Asunto C-465/17, Falck Rettungsdienste GmbH, Falck A/S contra Stadt Solingen, en las que señala: “Son “organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro” las que no persiguen la obtención de beneficios y, en caso de obtenerlos de manera circunstancial, los destinan al cumplimiento de su acción social. No es suficiente para adquirir esa condición que se trate de organizaciones asistenciales reconocidas por el derecho interno.»

sociales<sup>748</sup> debiendo perseguir los objetivos de simplificación y reducción de cargas administrativas<sup>749</sup>.

Y, como hemos dicho, están sometidos igualmente a la legislación contractual los servicios a las personas que, no superando los umbrales de armonización, se tipifiquen como de servicios o de concesión de servicio. Para todos ellos, rigen determinadas peculiaridades<sup>750</sup> fruto de ese amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores que ofrece la Directiva en su considerando núm. 114, imponiendo únicamente la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato, debido al tipo de servicios, propios de prestaciones básicas que, como dice el profesor GIMENO<sup>751</sup>, forman parte del *núcleo* del Estado social, *“Y aquí la eficiencia no puede ser interpretada desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio”*.

<sup>748</sup> Informe sobre el futuro de los servicios sociales de interés general (2009/2222(INI). Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, de 22 de junio de 2011. Se refiere en su apartado 47 a la adjudicación de contratos públicos, destacando que deben simplificarse las normas de contratación pública para que puedan cumplirse las obligaciones de SIG de forma eficaz y efectiva, y señala que aquéllas pueden constituir un modo aceptable de selección de un proveedor, y hace hincapié en otras modalidades más flexibles, considerando la personalización de servicios y la innovación. Su apartado 51, pone de manifiesto la ambigüedad con respecto al derecho de los Estados miembros de insistir en los criterios sociales, medioambientales y de calidad en las licitaciones, y pide que se incluyan obligatoriamente estos como criterios nacionales o locales, guardando relación con las mejores prácticas.

<sup>749</sup> En el citado informe se expresa que el artículo 14 del TFUE y el Protocolo núm. 26. *“se refieren explícitamente a los servicios de interés general (SIG), que incluyen los servicios sociales de interés general (SSIG); que se confirma que a las autoridades nacionales, regionales y locales incumben la función esencial y un amplio margen de apreciación en el suministro, puesta en marcha y organización de los servicios de interés económico general (SIEG), y que los Tratados no afectan a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios no económicos de interés general (SNEIG)”*

<sup>750</sup> LAZO VITORIA, Ximena, “La figura del concierto social tras las Directivas europeas de contratación pública”, Observatorio de Contratación Pública, artículo publicado el 7 de noviembre de 2016. Dice la autora que *“un tratamiento contractual específico y diferenciado (de los demás servicios) caracterizado por los siguientes rasgos: a) se aplica únicamente a aquellos servicios individualizados en los Anexos IV, XIV y XVII de las Directivas europeas 23, 24 y 25 de 2014; b) se establecen umbrales específicos para estos contratos los cuales, por regla general, son muy superiores a los fijados para los contratos de servicios digamos 'ordinarios' (salvo el caso de las concesiones que están igualados); c) el establecimiento de un régimen muy flexible, casi reglas mínimas para la licitación de estos contratos.”*

<sup>751</sup> GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>, “Los Contratos de servicios a las personas y su exclusión de la Ley de Contratos...”. Véase del mismo autor “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, *Presupuesto y Gasto Público* 82/2016, págs. 137-158, Instituto de Estudios Fiscales.

En este sentido, la LCSP 2017, contempla: en el artículo 29.4 la posibilidad de concertar un plazo especial, de mayor duración al previsto como estándar de cinco años, *“cuando ello fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio de prestador pudiera repercutir negativamente”*; en el art. 107, la posibilidad de exceptuar la exigencia de la garantía definitiva, aunque solo en contratos referidos a servicios sociales o la inclusión, social o laboral, de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social; en el art. 145.3.g), que el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación, si los contratos de servicios sociales, fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción o cuando se trate de contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la DA Cuadragésimo octava, o de servicios intensivos de mano de obra; en el art. 167 f), cuando se trate de contratos de servicios sociales personalísimos, caracterizados por el arraigo de la persona en el entorno de atención social, podrá utilizarse el procedimiento de licitación con negociación, siempre que el objeto del contrato *“consista en dotar de continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio”*; en la Disposición Adicional cuadragésimo séptima, se recogen los principios aplicables a los contratos de concesión de servicios relacionados en el Anexo IV, y a los contratos de carácter social, sanitario o educativo del mismo, encomendando a los órganos de contratación velar en todas las fases del contrato, por la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad<sup>752</sup>, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios e, igualmente, por las necesidades específicas

<sup>752</sup> SANMARTIN MORA, M<sup>a</sup>. Asunción. “La contratación pública en el ámbito de los servicios a las personas: nuevas perspectivas”. Ponencia presentada al VIII Seminario de contratación pública en Formigal (Huesca), 20 a 22 de septiembre de 2017. La autora se plantea la posibilidad de imponer la subrogación como condición de ejecución, o utilizarla como criterio de valoración, por estar relacionada con la calidad y la continuidad del servicio, si bien cita la resolución 468/2017 del TACRC, contraria a su valoración como criterio de adjudicación, por tratarse de una medida destinada a favorecer a la plantilla actualmente existente, sin que conste que los trabajadores de la misma formen parte de un colectivo desfavorecido o vulnerable, lejos de las consideraciones sobre la salud del personal que participa en el proceso de producción, la integración social de las personas desfavorecidas entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o el ofrecimiento de formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato, todos ellos supuestos comprendidos en el considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE.

de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos de desfavorecidos y vulnerables, la implicación de los usuarios y la innovación en la prestación del servicio. Finalmente, en el artículo 145, se contempla la posibilidad de nuevos criterios de adjudicación, tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato, la reinversión de beneficios, mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos, en concordancia con lo previsto en el art. 76.2 de la Directiva.<sup>753</sup>

A modo de conclusión, con la tradicional salvaguarda de los principios originarios del TFUE, en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de otros derivados, tales como la igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia, todos ellos sobre una misma base común de tipo económica, que persigue la eficiente utilización de los fondos públicos, puesta de manifiesto en el considerando núm. 2 de la Directiva y en el art. 1 de la LCSP 2017; el legislador comunitario nos muestra una visión más alejada de lo puramente mercantil, que trasciende lo exclusivo contractual, en la que se integran otros principios y valores de carácter social, sanitario o educativo. Esto explica -dice GIMENO- *“que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios, como expresamente se contempla en la Disposición Adicional 49 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.”*

<sup>753</sup> GIMENO FELIÚ, José M<sup>a</sup>, “Los Contratos de servicios a las personas y su exclusión de la Ley de Contratos...”, págs. 689-710. Propone el autor, como muy conveniente, la articulación de un procedimiento *especial* de contratación, donde podrían tenerse en cuenta aspectos relativos a: a) la valoración de la solvencia de las empresas licitadoras, impidiendo la subcontratación de la prestación principal; b) la determinación de criterios de adjudicación que hagan hincapié en el binomio calidad/precio, proponiendo la preponderancia de los criterios evaluables mediante juicio de valor, señalamiento de umbrales mínimos a superar en estos mismos criterios, de no menos el 60% de la puntuación, y otros tales como un Plan de gestión en el que se valoren los objetivos asistenciales, la calidad, la accesibilidad, la participación de los profesionales en la gestión, las estrategias de mejora, la potenciación del trabajo en red, la calidad de los recursos personales, cláusulas sociales y medioambientales, etc.; c) la regulación de las ofertas anormalmente bajas, considerando fórmulas que contemplen aspectos técnicos y económicos; d) la determinación de condiciones de ejecución del contrato, en las que además de las clásicas de supervisión, seguimiento y evaluación, se incluyeran otras relativas a la prohibición de «deslocalización» de servicios que pretendan su precarización laboral o la fijación de una retribución mínima que preserve la calidad de servicio. Concluye el profesor, que son varias, por tanto, las posibilidades jurídicas *“incluso la de no hacer nada y aplicar las técnicas contractuales ordinarias”*, compatibles con la modalidad contractual que estudiamos en este apartado.



En el próximo apartado analizamos aquellas prestaciones de servicios sociales excluidas, así como otras, de carácter sanitario o educativo, que aun no excluidas, se sitúan por debajo del umbral armonizado, siempre que en ambos casos, no se tramiten como un contrato, en cuyo caso podrán ser objeto de otras fórmulas organizativas, tales como el concierto social o la acción concertada, previstas ya por la mayor parte de las Comunidades Autónomas, cuya legislación ha sido calificada por el profesor MORENO MOLINA, de adelantada a la legislación estatal<sup>754</sup>.

## **2. Forma no contractual. Otras fórmulas organizativas establecidas por las CC.AA.: La acción concertada.**

Vista la forma contractual, incluido un régimen peculiar, el de reserva de contratos de servicios sociales, educativos y sanitarios a entidades de la economía social y del tercer sector de acción social, nos adentramos en el estudio de otras fórmulas que los poderes públicos competentes pueden organizar, como dice el considerando núm. 114 de la Directiva 24/2014/UE, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias, siempre que se garantice, mediante procedimientos no contractuales, una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación. Esta posibilidad había sido avalada por la jurisprudencia del TJUE, por todas la Sentencia Sodemare (Asunto C-70/95), constatando que, un estado miembro puede *“considerar que un sistema de asistencia social, como aquel de que se trata en el procedimiento principal, implica necesariamente, para alcanzar sus objetivos, que la admisión en dicho sistema de operadores privados en calidad de prestadores de servicios de asistencia social esté supeditada al requisito de que no persigan ningún fin lucrativo”*, y acaba admitiendo que *“no puede considerarse que el requisito de la inexistencia de ánimo de lucro sea contrario a los artículos 52 y 58 del Tratado.”*

<sup>754</sup> MORENO MOLINA, J.A., en el marco de la Ponencia “Novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público” en el VIII Seminario de contratación pública, Organizado por la Universidad de Zaragoza, el Observatorio de Contratación Pública y el Gobierno de Aragón, Formigal 2017.

El Tribunal recuerda en sus sentencias de 7 de febrero de 1984, Duphar y otros (238/82, Rec. p. 523), apartado 16, y de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre (asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637), apartado 6, en relación con los artículos 52 y 58 del Tratado; que el derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas de Seguridad Social, y no lo hace porque el requisito de la inexistencia de ánimo de lucro que trata, está basado en el principio de solidaridad, fundamentalmente destinado *“a fomentar y proteger la salud de las personas con la ayuda de los servicios de asistencia social y sanitaria y a actuar a favor de las personas dependientes que no tengan familia o cuya familia no pueda ocuparse de ellas, llevando a cabo o favoreciendo su reinserción en familias o en medios comunitarios adaptados.”*

El modelo de acción concertada, comenta el profesor GIMENO<sup>755</sup>, como complemento de los modelos contractuales de asistencia sanitaria y de prestación de servicios sociales, forma parte de las opciones organizativas previstas en la Directiva y en la LCSP 2017; técnica que, para JORDANA DE POZAS, ya constituía un modelo de fomento administrativo por el que *“se publica la gestión de actividades de particulares con vocación de coadyuvar en la satisfacción del interés público.”*

En efecto, como ya hemos adelantado, el considerando núm. 114 de la Directiva, después de considerar la posibilidad de prestación de determinadas categorías de servicios a las personas mediante contratos públicos, aunque bajo un régimen específico, como el que hemos visto al analizar la LCSP 2017, en su articulado específico, con el objetivo claro de simplificación y reducción de cargas administrativas; se refiere a otra posibilidad, la de organizar los servicios sociales, en sentido amplio<sup>756</sup>, de modo que no sea necesaria la celebración de

<sup>755</sup> GIMENO FELIÚ, José M<sup>a</sup>, “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, págs. 12-65.

<sup>756</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica, “Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público”. Indica la autora que *“a tenor*

contratos públicos, siempre que se garantice una publicidad suficiente, y bajo los principios de transparencia y no discriminación. Esto permite afirmar -dice DOMÍNGUEZ MARTÍN-, *“la actual «indiferencia» del Derecho de la Unión Europea frente a la elección por los Estados miembros de la forma de gestión de los servicios públicos”*, aunque sea más aparente que real, debido a la observancia de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, *“cuyo cumplimiento viene exigido por el Derecho Europeo, con intensas implicaciones sobre los modos de gestión de los servicios públicos”*<sup>757</sup>. Hace la autora una referencia sobre la supuesta libertad de organización para prestar estos servicios a las personas, al decir que *“en el articulado de la Ley de Contratos encontramos una preferencia por la gestión indirecta frente a la gestión directa, en relación con la nueva regulación del rescate como modalidad de resolución de los contratos de concesión de obras y de servicios, que se admite cuando se acredite que la gestión directa “es más eficaz y eficiente que la concesional” (arts. 279.c y 294.c LCSP).”*

En la Sentencia del TJUE, asunto C-113/13 (Spezzino), se examinan dos cuestiones prejudiciales, en las que el órgano jurisdiccional remitente pregunta si las normas del Derecho de la Unión, en materia de contratación pública, así como las normas de competencia deben ser interpretadas *“en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que, como la controvertida en el litigio principal, prevé que las autoridades locales deben confiar el suministro de los servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, los cuales únicamente perciben, para el suministro de esos servicios, el reembolso*

*de la previsión contenida en el art. 116 LCSP (entendemos que se refiere al art. 11.6) la prestación de los servicios sociales se puede llevar a cabo a través de fórmulas no contractuales, siempre que quede garantizado que todos los operadores o prestadores que cumplan los requisitos puedan acceder a este régimen, prestar los servicios y, en su caso, obtener la financiación que se haya fijado, bien de la Administración, bien del usuario. La ley se refiere únicamente “servicios sociales”, pero, en coherencia con las Directivas y con lo afirmado en la Exposición de Motivos de la propia LCSP, esa referencia a los servicios sociales debe entenderse en sentido amplio, incluyendo servicios sociales, sanitarios y educativos.”*

<sup>757</sup> En referencia a CHINCHILLA PEINADO, J.A., y DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “Servicios de interés general y mercado interior”, del libro *Servicios de interés general y protección de los usuarios (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transporte y comunicaciones telefónicas)*, Directora GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, Dykinson Madrid, 2018, págs. 82-83.

*de los gastos efectivamente soportados a tal fin y de una fracción de los costes fijos y permanentes.”.*

El Tribunal, sostiene que el Derecho de la Unión en la materia, tiene por objetivo garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia más amplia en todos los estados miembros, y considera que un sistema de prestaciones a través de convenios (adjudicación directa a entidades del voluntariado), como el que examina, conduce a un resultado contrario a esos objetivos. No obstante, señala que el modo de organización del transporte sanitario controvertido en el litigio principal, se inspira en los principios de universalidad, de solidaridad, de eficiencia económica y de adecuación, principios que se dan en un convenio que *“persigue especialmente garantizar que ese servicio se preste en condiciones de equilibrio económico en el plano presupuestario”*, si bien, no solo tiene en cuenta esta razón económica, para justificar la adjudicación directa, también el acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones médicas de calidad<sup>758</sup>. Y concluye, declarando, en su apartado núm. 66 que:

*“Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé que el suministro de los servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa.”.*

Veamos ahora qué dice la LCSP 2017, sobre las posibilidades de la forma no contractual. Su preámbulo, replicando el considerando núm. 114 de la Directiva

<sup>758</sup> Como bien apunta DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica, “Los contratos de prestación de servicios a las personas...”, *“estas fórmulas no contractuales se pueden fundar en «condiciones de aptitud» (art. 65 LCSP), pero no en «criterios de adjudicación» (art. 145 LCSP). Incluso, es posible que el poder adjudicador formalice la relación con aquellos que cumplan los requisitos mediante un contrato que, sin embargo, por su origen no selectivo ni concurrencial, queda excluido del ámbito de la normativa de contratación pública”.*

2014/24/UE, señala que *“los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.* Esta indiferencia del legislador sobre la fórmula prestacional de los servicios a las personas guarda concordancia con lo dispuesto en el art. 11.6, que excluye<sup>759</sup> de la ley la prestación de los servicios sociales por entidades privadas, siempre que no se materialice en un contrato público, ya sea mediante la simple financiación o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan unos requisitos previos, fijados por el poder adjudicador, garantizando la sujeción a los principios básicos de publicidad, transparencia y no discriminación.

Cierto que, como ya se ha indicado, se detecta un desajuste del ámbito de aplicación entre el alcance del concepto *servicios a las personas*, previsto en el preámbulo *servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos*, y la única referencia del apartado 6 del art. 11 citado, a la *prestación de servicios sociales por entidades privadas*; que ha de resolverse, en aras a la necesaria concordancia con los considerandos 6 y 114 de la Directiva 2014/24/UE, a favor de un concepto amplio que incluye igualmente los servicios sanitarios, incluso los farmacéuticos, y los educativos; resultando, en consecuencia, todos ellos susceptibles de prestación a través de fórmulas no contractuales.

<sup>759</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica, “Los contratos de prestación de servicios a las personas...” Se refiere la autora, a que el fundamento de la exclusión radica en que esta modalidad de gestión no merece la consideración de contrato público, al estar marcado el procedimiento por la admisión como proveedor a todo operador económico que reúna unos requisitos previos, lo que de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, queda extramuros de la normativa de contratación pública.

Las citadas fórmulas, habrán de concretarse, según la Disposición adicional cuadragésima novena, de la LCSP 2017, por las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social, de la competencia exclusiva de las mismas<sup>760</sup>.

Es así como surge, de la normativa de las Comunidades Autónomas, la delimitación de una nueva modalidad, **no contractual**, para la prestación de servicios de corte social, denominados de “acción concertada” o “concierto social”, definidos por MARTÍN EGAÑA, como *“aquel instrumento organizativo por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades, cuya financiación, acceso y control sean públicos.”*, y sobre el que MARTÍNEZ FERNÁNDEZ<sup>761</sup>, constata como vía subsidiaria frente a la gestión pública directa, optándose en algunos casos por la iniciativa sin ánimo de lucro respecto de la empresarial, al amparo de la doctrina del TJUE. En sentido opuesto, LAZO VITORIA<sup>762</sup>, analizando las vías de gestión de los servicios públicos, concretadas en las leyes de servicios sociales autonómicas, gestión directa, indirecta de tipo contractual, y concierto social o acuerdos de acción concertada; se pregunta *“si puede el legislador autonómico establecer que una determinada figura se encuentra excluida de las normas de contratación pública.”*

Estas normas autonómicas, señala DOMINGUEZ MARTÍN, *“contienen una clara apuesta por la “acción concertada”, que es considerada como una forma de*

<sup>760</sup> Véase, CUBA VILA, Belén, “Metamorfosis competencial y licitatoria de los servicios sociales”. Dice la autora en sus conclusiones que: *“En esta tarea, respetando el reparto interno de competencias y en virtud del principio de cooperación institucional el Estado, titular de la competencia legislativa básica en materia de contratos, deberá tener presente la incidencia que conlleva la configuración de estos servicios específicos que son competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. La interconexión es inequívoca dado que el carácter diferenciado que se pretenda otorgar a cualquier figura contractual sólo confiere especialidad, modulación o particularidad alguna en el seno del régimen jurídico de la contratación pública.”*

<sup>761</sup> MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Disposiciones sobre contratación pública dictadas en el año 2016. Hacia la contratación íntegra y socialmente responsable”. *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 4/2017, de 28 de febrero, Editorial Wolters Kluwer.

<sup>762</sup> LAZO VITORIA, Ximena, “La figura del “concierto social” tras las Directivas europeas de contratación pública”. Artículo de opinión publicado en el Observatorio de Contratación Pública el 7 de noviembre de 2016.

*gestión de servicios alternativa a la gestión directa o indirecta de los servicios públicos no económicos, que realizan entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de los servicios a las personas.”. Y “se debe a que estas normas persiguen sustraer de la normativa sobre contratos a estos conciertos o acuerdos con entidades sin ánimo de lucro. Tratan de que no sean asimilados al régimen de los conciertos (en los términos que era configurado por la anterior legislación de contratos) y que, por tanto, quede fuera de la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, por considerar que este no es el marco jurídico adecuado para regular esta figura.”*

Resulta clarificador el preámbulo de la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, de la Comunidad Autónoma de Aragón, que tratando de simplificar el diferente régimen jurídico de los conciertos sociales de la propia modalidad contractual, expresa:

*“Tal asimilación nunca ha tenido un encaje perfecto y, en la práctica, ha dificultado que en la organización de la prestación de servicios no económicos pero de interés general, como los sociales, sanitarios y educativos, pudieran participar en mayor medida las entidades del Tercer Sector sin ánimo de lucro. El reconocimiento de una prioridad —cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social— en el acceso a los conciertos que disponen el artículo 25 de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, y el artículo 32.2 del texto refundido de la Ley del Servicio Aragonés de Salud, aprobado mediante Decreto Legislativo 2/2004, de 30 de diciembre, del Gobierno de Aragón, no resulta suficiente para advertir el valor social y la función que realizan las entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de los servicios a las personas, al estar presidida su actuación por el principio de solidaridad. Dicho principio, además, ya ha sido admitido por la jurisprudencia europea en varias ocasiones como fundamento para excepcionar la aplicación de la normativa sobre contratos públicos.” [...] Este sistema de régimen de acción concertada es, en todo caso, complementario y no excluyente del régimen establecido en la normativa sobre contratación.”*

*“La filosofía que subyace en la presente Ley, por tanto, es simple: si un operador económico aspira legítimamente a obtener un beneficio empresarial, un lucro, como consecuencia de su colaboración con la Administración pública en la prestación de*

*servicios a las personas, sólo podrá hacerlo en el marco de un proceso de contratación. Sólo desde la gestión solidaria, sin ánimo de lucro, de estas prestaciones podrá colaborar con la Administración bajo la forma de acción concertada.”*

Los servicios de salud y los servicios socio-sanitarios, explica el profesor GIMENO<sup>763</sup>, son servicios de interés general, cuyo acento recae en la calidad de prestación y donde los modelos organizativos de cada Estado pueden incluir sus propias singularidades. Esto explicaría el régimen de acción concertada, que exige una previsión legal expresa.

Sin estas normas autonómicas, como dice el profesor GIMENO<sup>764</sup>, deberán aplicarse *“las reglas ordinarias de la contratación pública, lo que puede conducir a ciertos efectos «perversos»,* derivados -decimos nosotros- de la imposibilidad de utilización de esta figura no contractual, más flexible y adaptativa a los supuestos de servicios de interés general, como son los denominados servicios a las personas.

## 2.1. Repaso a la legislación autonómica

No se trata en este apartado de realizar un análisis comparado de legislaciones sobre esta fórmula de colaboración público-privada de la acción

<sup>763</sup> GIMENO FELIÚ, José M<sup>a</sup>, “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios ...”. Considera el profesor que, *“como técnica jurídica, es ideológicamente neutra y que permite su utilización tanto con indiferencia de la entidad privada y su finalidad mercantil o la preferencia (que no exclusividad general) con entidades del tercer sector vinculadas directamente a la solidaridad que hayan sido reconocidas como tal y con amparo en una norma legal. Es decir, no basta la simple ausencia de lucro, pues en ese caso no se cumplen las exigencias europeas para una técnica que no es de carácter «ordinario» y que exige una causa muy claramente limitada por la jurisprudencia del TJUE. [...] Insistimos que la acción concertada es una técnica jurídica complementaria a la del contrato público, que exige prudencia en la aplicación de decisiones que favorezcan a un determinado sector. Y que **la opción de romper el principio de igualdad entre distintos proveedores exige justificar que realmente se dan las circunstancias que permiten ese trato «privilegiado» [...] y que no se pervierte la regla de la mejor eficiencia y calidad en la prestación de los servicios sanitarios, pues es ésta la única justificación admisible (y no las preferencias ideológicas).**”* (La negrita es nuestra)

<sup>764</sup> GIMENO FELIÚ, José M<sup>a</sup>, “Un paso firme GIM en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias”, artículo de opinión publicado en la Web del Observatorio de Contratación Pública, el 9 de febrero de 2016.



concertada o el concierto social. Sino de buscar elementos comunes definitorios de su naturaleza, objeto, principios, requisitos y criterios de preferencia, control de ejecución, financiación e, incluso, de las posibilidades de inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los acuerdos formalizados, que nos ayuden a *dibujar* una fórmula anticipada, pero sin contenido, en la Disposición Adicional cuadragésima novena<sup>765</sup> de la LCSP 2017.

### 1) Naturaleza Jurídica y definición

La mayor parte de las legislaciones la definen como una forma de gestión de servicios alternativa a la gestión directa o indirecta de los servicios públicos<sup>766</sup>, no económicos, que realizan entidades, preferentemente, sin ánimo de lucro en el ámbito de los servicios a las personas<sup>767</sup>, basándose en el considerando núm. 114 de la Directiva 2014/24/UE y en el marco de la reciente jurisprudencia del TJUE. Se definen como instrumentos organizativos de naturaleza no contractual para la organización de servicios sanitarios, sociales y educativos, incluso de protección ambiental y de empleo de su competencia, ajustándose al procedimiento y requisitos que prevén, cuya financiación,

<sup>765</sup> Que encuentra su explicación en el carácter habilitante de la normativa y jurisprudencia europeas, permitiendo la organización de los servicios a las personas con instrumentos no contractuales (DA 49<sup>a</sup>), o mediante la reserva a determinados organismos del tercer sector (DA 48<sup>a</sup>), o incluso, a través del establecimiento de condiciones específicas de contratación (DA 47<sup>a</sup>), tales como la garantía de calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios; las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio.

<sup>766</sup> La Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, de la Comunidad Autónoma de Aragón, considera que *“no parece oportuno que se restrinjan las posibilidades de organización de dichos servicios con terceros, admitiéndose únicamente las que derivan de la legislación de contratos del sector público.*

<sup>767</sup> Así, la Ley 7/2017, de 30 de marzo, de la Generalitat Valenciana, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario; la Ley 3/2019, de 15 de marzo, del Principado de Asturias, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social; el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, de la Junta de Andalucía, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, que establece una preferencia para las entidades de iniciativa social que cumplan con las condiciones establecidas en la Ley, en especial, la ausencia de ánimo de lucro; o la Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que cierra la prestación de servicios sociales mediante la figura del concierto social a las entidades de iniciativa social privada, sin ánimo de lucro.

acceso y control sean públicos, añade el Decreto 10/2018, de 14 de febrero, del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, por el que se establece el régimen jurídico de los conciertos sociales en los servicios sociales especializados de los sectores de personas mayores y personas con discapacidad.

Alguna Ley, como la Aragonesa, citada en nota al pie, establece en su preámbulo: *“Sólo desde la gestión solidaria, sin ánimo de lucro, de estas prestaciones podrá colaborar con la Administración bajo la forma de acción concertada”*; afirmación que resulta coherente con lo dispuesto en la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social.

Casi todas ellas distinguen, igualmente, el régimen del concierto social como modalidad diferenciada de la del concierto de carácter contractual, por las especiales características que concurren en el ámbito de los servicios que venimos denominando “a las personas”. En especial la Xunta de Galicia<sup>768</sup>, los distingue de la conclusión de acuerdos marco con las entidades prestadoras de servicios sociales, que califica de contratos de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concierto. Y la Ley 6/2016, de mayo, del Tercer Sector Social de Euskadi, concreta la necesidad de cooperar en la gestión de los sistemas de responsabilidad pública a través de regímenes especiales tales como el concierto social, figura diferenciada de la modalidad de concierto regulada en la contratación administrativa, según establece en la Estrategia de Promoción del Tercer Sector Social de Euskadi-Plan de Legislatura 2018-2020<sup>769</sup>, en su eje de actuación 6, objetivo 2: Cooperación público-social/modelo mixto y modelo comunitario.

*De “alternativa a las subvenciones u otras formas de financiación, ofreciendo a las entidades sociales un modelo de relación más estable y más garantista en torno a servicios y programas que ahora vienen desarrollando por esta vía*

<sup>768</sup> Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia.

<sup>769</sup> Gobierno Vasco, en colaboración con las redes del TSSE a través de la Mesa de Diálogo Civil de Euskadi, Edición 1ª, 2018.

*o a través de otras fórmulas de financiación*”, califica los conciertos sociales la Ley Foral Navarra 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales<sup>770</sup>, sin sujeción a la normativa en materia de contratación pública, cuando los recursos no resulten suficientes o idóneos para garantizar la cartera de servicios públicos.

Mención aparte merece el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, de la Junta de Andalucía, que califica el concierto social, de contrato administrativo especial, aplicándole la regulación del art. 25.1.b) de la LCSP 2017. La normativa andaluza se aparta del resto de desarrollos autonómicos, que consideran esta figura como marginal a la contratación pública, acorde con lo previsto en el considerando núm. 114 de la Directiva 2014/24/UE, y el preámbulo y el artículo 11.6, de la LCSP 2017. Ciertamente que, cuando se aprueba este Decreto, ya estaba vigente la citada Directiva, y por tanto, pudo calificarse como fórmula diferenciada de cualquier modalidad contractual, por las especiales características que concurren en este tipo de prestaciones sociales, sanitarias, educativas y hasta de promoción del empleo, como hemos visto. Pero su preámbulo, insiste en la naturaleza contractual del concierto social, incluyéndolo bajo el ámbito de aplicación de las normas de contratación generales, garantizándose bajo esta fórmula -dice- *“la forma más idónea para satisfacer los intereses generales y los de los colectivos destinatarios de los servicios prestados”*, omitiendo cualquier referencia al considerando núm. 114 de la Directiva, que posibilita, como sabemos, organizar estos servicios de atención a las personas de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos.

<sup>770</sup> Dice el preámbulo de la Ley Foral 13/2017, que: *“Se pretende reconocer así la enorme aportación de recursos humanos, económicos y materiales, además de la experiencia en la atención que las entidades de iniciativa social vienen realizando tanto al sistema de servicios sociales como al sistema sanitario, abriendo para el futuro nuevas oportunidades de colaboración entre la Administración Pública y la sociedad civil. Se trata, en muchas ocasiones, de entidades de iniciativa social que surgen de las propias personas afectadas por problemáticas sociosanitarias y que su fin social y sin ánimo de lucro, junto a su capacidad para aportar recursos añadidos, incentivan la mejora continua en la atención a las personas beneficiarias de servicios y prestaciones, tanto desde el punto de vista de la cantidad como de la calidad. Si a ello se le añade su habitual capacidad de complementar los servicios con programas preventivos y de voluntariado sociocomunitario, estamos sin duda ante un modelo de gestión que puede obtener un valor añadido sin pérdida de eficacia ni eficiencia.”*

No es que el modelo andaluz sea inadecuado por ello. La Directiva y ahora la LCSP 2017, flexibilizan el modo de prestación de estos servicios cuando no se prestan directamente, y pueden seguir tomando la forma de contrato si se justifica la necesidad de que así sea<sup>771</sup>, ganando en seguridad jurídica, por someterse a un procedimiento reglado, pero perdiendo en la necesaria flexibilización que otorgaría un procedimiento menos encorsetado que el previsto para los contratos públicos, aun respetándose los principios de transparencia y no discriminación, previstos en el considerando núm. 114, in fine, de la Directiva.

## 2) Objeto

Todas ellas, se refieren a la prestación de servicios de carácter social<sup>772</sup>, en el sentido amplio que venimos manteniendo, y/o sanitario o socio-sanitario, además, alguna de ellas, se refiere también a la materia de empleo<sup>773</sup> o medioambiental.

## 3) Principios generales

En general, del estudio de todas ellas, con las matizaciones que igualmente se hacen constar, se recogen los de:

<sup>771</sup> Véanse en este sentido los considerandos núms. 6 y 114 de la Directiva 2014/24/UE, así como el art. 11.6 de la LCSP 2017. El legislador europeo ha dado libertad a los Estados miembros para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios (considerando núm. 6), aclarando que los servicios no económicos de interés general, deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva. Asimismo, ha considerado que los poderes públicos tienen libertad para organizar los servicios sociales, de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos (considerando núm. 114). Por su parte, el legislador interno, en la transposición de la norma, excluye en su art. 11.6, la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que ésta se realice sin necesidad de celebrar contratos.

<sup>772</sup> Es significativa la citada Ley del Principado, en la que se comprenden prestaciones susceptibles de acción concertada, señalándose, entre otras, a) Medidas dirigidas a prevenir la exclusión social y a promover la autonomía de las personas. b) Actuaciones dirigidas a garantizar la protección de los menores. c) Medidas de apoyo familiar, o d) Medidas dirigidas a incrementar la autonomía personal, la participación social y el desarrollo comunitario.

<sup>773</sup> Con el mismo espíritu que los conciertos sociales, en la actual coyuntura de paro, especialmente de larga duración y concentrado en determinadas franjas de edad, señala el preámbulo del Decreto ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública, de la Generalitat de Catalunya.

- Subsidiariedad o subordinación, sujeta a la óptima utilización de los recursos propios, esto es, gestión directa, mediante la acreditación en el momento de la convocatoria de la inconveniencia de poner en marcha servicios propios, por razones presupuestarias o de otra índole.<sup>774</sup>
- Solidaridad, fomentando la implicación de entidades del tercer sector.
- Igualdad, dirigida a las personas beneficiarias de la prestación.
- Publicidad de las convocatorias.
- Transparencia de los acuerdos de acción concertada.
- No discriminación en el acceso de las entidades que opten al concierto.
- Eficiencia presupuestaria, fijando tarifas máximas, que cubrirán como máximo los costes directos e indirectos (variables, fijos y permanentes) de la prestación, sin beneficio industrial.
- Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.
- Adecuación de la planificación estratégica de los servicios públicos, e innovación en la gestión de entidades y servicios públicos.
- Intencionalidad social y ambiental.
- Calidad asistencial.
- Control público.
- Responsabilidad en la gestión de los servicios concertados.
- Utilización racional y eficiente de los recursos públicos.
- Servicio efectivo a la ciudadanía.

#### 4) Requisitos y criterios de preferencia

En este apartado se recoge un común denominador de requisitos subjetivos previstos en la mayor parte de las legislaciones o reglamentaciones, igualmente con los matices que se incorporan:

- Entidades sin ánimo de lucro, constituidas y registradas como tales<sup>775</sup>

<sup>774</sup> Así, por la acreditación, opta la Ley Foral de Navarra 13/2017, en su art. 1.3.

<sup>775</sup> En el caso de la Ley Foral de Navarra 13/2017, se fijan una serie de requisitos que han de acreditar, referidos al tiempo de mantenimiento previo de esa condición, la no distribución de

- Inscripción en registro específico, o deber de comunicación previa, o autorización.
- Acreditación de experiencia por un plazo determinado.
- Acreditación de solvencia financiera y técnica.
- Estar al corriente en el pago de obligaciones tributarias y para con la Seguridad Social.
- Disponibilidad de inmuebles, medios y recursos suficientes, cuando sea necesario para la prestación del servicio.
- No estar afectadas por prohibiciones para concertar o contratar, para el supuesto de que las entidades concertantes fueran objeto de sanciones firmes en ejecución de otros acuerdos de acción concertada.
- Acreditar el cumplimiento de normativa que le sea de aplicación, acorde con la naturaleza jurídica de la Entidad.
- No haber sido sancionada, mediante resolución firme por la comisión de infracciones graves o muy graves en materia de relaciones laborales, empleo, empresas usuarias de empresas de trabajo temporal, seguridad social, emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros.<sup>776</sup>
- No tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.<sup>777</sup>

Criterios de selección (por adjudicación, cuando no es directa). Estos mal llamados criterios de selección, si nos situáramos en un contexto de

resultados positivos, el carácter gratuito del desempeño de cargos de los órganos de dirección no profesional, así como límites al salario de las personas socias trabajadoras.

<sup>776</sup> Así, el Decreto 48/2017 de 27 de octubre, del Consejo de Gobierno de las Illes Balears, por el que se establecen los principios generales a los que se han de someter los conciertos sociales, en su art. 4.2.j)

<sup>777</sup> El Decreto 10/2018, de 14 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de los conciertos sociales en la Región de Murcia en los servicios sociales especializados en los sectores de personas mayores y personas con discapacidad, recoge en su art. 5 *Prohibiciones para concertar* una casuística similar a las prohibiciones para contratar previstas en el art. 71 de la LCSP 2017, introduciendo un supuesto no previsto en este último, como el atinente a tener la residencia fiscal en un país calificado de paraíso fiscal, inadmisibles como prohibición para contratar, dado el carácter de *numerus clausus* del listado contenido en el art. 71, pero que bien pudiera contemplarse como requisito para la concertación. En parecidos términos, el Decreto de la Junta de Andalucía 42/2018, que fiel a la consideración del concierto social como contrato administrativo, remite en materia de prohibiciones para contratar a la normativa sobre contratos del sector público.

contratación pública, ponen la nota distintiva y flexible que justifica la elección del modelo no contractual para la prestación de los servicios a las personas. Principios *locales o localistas*, tales como la implantación en la localidad o el arraigo de las personas en el entorno de atención, de un lado, o las certificaciones de calidad y la valoración de las personas atendidas respecto de la entidad prestadora, de otro; se erigen en específicos del modelo e incompatibles con la delimitación de *criterio de adjudicación* en la normativa de contratación pública, por falta de vinculación al objeto del contrato, carentes de utilidad para hallar el rendimiento comparado de las ofertas según las especificaciones técnicas del contrato. Se recogen entre otros:

- Atención a las especificidades y heterogeneidad de la demanda de los usuarios.
- Implantación en la localidad de prestación del servicio.
- Años de experiencia acreditada en la prestación objeto del concierto.
- Valoración de las personas atendidas respecto de la entidad prestadora.
- Continuidad en la atención o calidad prestada.
- El arraigo de las personas en el entorno de atención.
- Certificaciones de calidad.
- Formación específica del equipo humano.
- Innovación en la gestión de las entidades y de los servicios.
- Participación de los usuarios en la prestación y evaluación de los servicios.
- Participación del voluntariado en el desarrollo de las acciones.
- El trabajo en red con otras entidades en la gestión de prestaciones, conforme a criterios de proximidad y participación.

## 5) Procedimiento

En el procedimiento se ven algunas de las peculiaridades de este régimen más flexible de la fórmula no contractual, tales como la selección directa de la

entidad concertada, la preferencia de entidades sin ánimo de lucro, o la fijación temporal. Entre estos hitos, destacan:

- Transparencia y publicidad en el otorgamiento del acuerdo.
- Necesidad o no de llevar a cabo un procedimiento de selección, mediante convocatoria diferenciada<sup>778</sup>.
- Preferencia a las entidades sin ánimo de lucro, especialmente las que atienden a personas de condición socioeconómica desfavorable<sup>779</sup>, sin perjuicio de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia.
- Acuerdos directos, por razones de urgencia, singularidad del servicio, su carácter innovador y experimental, siempre que se garanticen los principios de publicidad y transparencia. Especial referencia merece la Comunidad Foral de Navarra, en su Ley 13/2017, contemplando supuestos de ventaja económica, de voluntaria aceptación por la Entidad prestadora<sup>780</sup>, y otros similares a los contemplados como adjudicación directa (sin publicidad y concurrencia) en la normativa de contratos públicos.
- Formalización del acuerdo en documento administrativo.
- Duración temporal en un rango de tres a seis años, sin perjuicio de prórroga, siempre que la duración total no exceda de ocho a diez años, según normativas. En su caso, si se vincula a la construcción de centros de servicios sociales, tendrá una duración mínima de cinco años, prorrogables por otros cinco<sup>781</sup>.

<sup>778</sup> De nuevo aquí, el Decreto 41/2018 de la Junta de Andalucía, establece un procedimiento acorde con la naturaleza contractual que dota al concierto social.

<sup>779</sup> Región de Murcia, Decreto 10/1028. En el Decreto andaluz, la preferencia a favor de las entidades de iniciativa social y similares, sólo alcanza al supuesto de que las ofertas presentadas tengan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad. En análogas condiciones, y en ausencia de las anteriores, se puede contratar con el resto de entidades privadas con ánimo de lucro.

<sup>780</sup> El art. 5.1.b) de la Ley Navarra, establece: *“Cuando una de las entidades a las que cabe adjudicar un servicio por concierto conforme a esta ley foral viniera prestando o pudiera prestar el citado servicio y este fuera un servicio del sistema público, contemplado en otra norma bien del ámbito de la Comunidad Foral o del Estado, y la entidad aceptase poner a disposición de la Administración parte de la financiación del coste del servicio, haciendo que el precio para la Administración sea inferior al calculado conforme al artículo 4.2.”*

<sup>781</sup> Especialidad del Decreto balear, en su art. 5.



- Informe de los servicios jurídicos sobre adecuación de la convocatoria a la normativa de concertación.
- Estudio de costes<sup>782</sup>.
- Informe justificativo de carecer de medios propios para su gestión y de la modalidad e idoneidad de la gestión elegida.<sup>783</sup>
- Fijación en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de las condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social exigibles, vinculadas al objeto del concierto y proporcionadas al mismo. En este sentido el Decreto<sup>784</sup> de la Junta de Andalucía.

## 6) Control de ejecución

Aspecto de exigua regulación, que será objeto de tratamiento en el Capítulo siguiente. Baste por ahora indicar, que la regulación autonómica es bastante parca y, en ningún caso, se refiere a cómo llevar a cabo el control y

<sup>782</sup> La Ley del Principado, prevé en su art. 10, la realización por el órgano concertante, con anterioridad al inicio del procedimiento, de un estudio de costes, que calculará el importe económico del acuerdo, teniendo en cuenta costes directos e indirectos, así como su fiscalidad. Aspecto de especial relevancia, como veremos más adelante, al tratar de la adjudicación directa a las entidades sin ánimo de lucro, avalada por la jurisprudencia del TJUE, en el establecimiento de la debida proporcionalidad entre eficiencia y prestación sin ánimo de lucro, no siempre relacionadas directamente. Esta Ley, establece un muy cuidado desarrollo del concepto y caracterización de la compensación económica a las entidades, previendo la cobertura de los gastos de personal y de funcionamiento normal de los servicios prestados, compensando como máximo los costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones. Asimismo, prevé la cobertura de los gastos de amortización de bienes vinculados a la prestación, y el importe abonado no podrá incluir ni el beneficio industrial ni beneficio alguno a las entidades ni a sus miembros. En un sentido similar, sin el detalle de la Ley del Principado, el Decreto Balear, en su art. 16 b.

La Ley Foral de Navarra 13/2017, prevé en su art. 4.2 el cálculo del precio del concierto, garantizando el sostenimiento de los servicios concertados, cubriendo los costes salariales, seguridad social, y otros directos e indirectos, fijándose dos límites que no deben superarse, el precio de la normativa foral de tasas y precios públicos vigentes, ni otro precio correspondiente a la prestación del servicio por cualquier otra forma de gestión.

<sup>783</sup> En este sentido el art. 61 *ter* de la Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

<sup>784</sup> El Decreto 41/2018 de la Junta de Andalucía, prevé en su art. 9 que: “2. Las condiciones de eficacia irán referidas a la capacidad económica y financiera, técnica o profesional de la entidad concertante. 3. Las condiciones de calidad serán las establecidas en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales, de acuerdo con el artículo 79 y el artículo 84 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre. 4. Las condiciones de rentabilidad social irán referidas a la concreta experiencia de la entidad en materias de carácter social como la inserción sociolaboral, atención a la infancia, adicciones, discapacidad, dependencia, igualdad entre mujeres y hombres, entre otras, que se especifiquen en la correspondiente convocatoria.

seguimiento, no formal, no financiero o de auditoría, de las actividades, en un ámbito sensible desde el punto de vista de los servicios prestados, especialmente sociales y sanitarios, como desde el económico y de adecuación entre precio y constatación de la ejecución de tareas. Valgan como ejemplo de control formal, los siguientes:

- Control de carácter financiero y de ejecución. Establecimiento de régimen de penalidades
- Evaluación anual y final, en la que se tienen en cuenta el grado de cumplimiento de las condiciones establecidas en el Acuerdo. Constitución, en su caso, de comisiones paritarias Administración concertante-entidad concertada.
- Justificación de cantidades abonadas por la entidad pública concertante, mediante la aportación de auditorías financieras y de cumplimiento de cuentas, así como de un informe de auditoría externa relativa a la aplicación de fondos percibidos, en concepto del concierto social.

## 7) Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales

Pese a la intrínseca caracterización social de estas fórmulas no contractuales para la prestación de servicios no económicos de interés general, con entidades que no persiguen un ánimo de lucro, y cuyo objeto asociativo persiguen el interés colectivo de sus integrantes, o el interés general económico o social, las normativas autonómicas se esfuerzan por incluir, ya sea como criterios de selección (por adjudicación), ya sea a modo de condición especial de ejecución, cláusulas de carácter social, medioambiental y laboral en los respectivos acuerdos de concertación social. Entre ellas, entresacamos las siguientes, por habituales:

- Cumplimiento de normativa de prevención de riesgos laborales.
- Aplicación de planes de igualdad y conciliación de la vida laboral y familiar.

- Buenas prácticas sociales y de gestión de personal, referidas a la igualdad entre mujeres y hombres, así como la inserción socio-laboral de personas con diversidad funcional y dificultades de acceso al mercado de trabajo.
- Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales, entre los criterios de adjudicación, siempre que se vinculen al objeto del contrato, sean proporcionales y se determinen en la convocatoria de licitación.
- Menor diferencia retributiva del personal concertado frente al personal al Servicio de la Administración.
- Como condiciones especiales de ejecución, relativas a consecución de objetivos sociales, especialmente los relacionados con el desempleo, la seguridad en el trabajo, los derechos sindicales, la exclusión social, la discapacidad y la igualdad entre mujeres y hombres, conforme a los criterios generales que en su caso se establezcan para su aplicación en la contratación pública<sup>785</sup>.
- Informes de buenas prácticas laborales.

En definitiva, regresando al concepto de *concierto social*, como instrumento organizativo de naturaleza no contractual para la organización de servicios sanitarios, sociales y educativos, incluso de protección ambiental y de empleo de la competencia de los poderes públicos; la normativa autonómica ha delimitado el alcance y características de estas fórmulas mayoritariamente alternativas a la contratación administrativa, dotándolas de la mínima seguridad jurídica, garantizando una publicidad suficiente y el respeto a los principios de transparencia y no discriminación, previstos en el considerando núm. 114 de la Directiva, sin perjuicio de justificar igualmente, en algunos casos específicos, la adjudicación directa.

Pero, sobre la base de esta visión “360º” de la normativa autonómica, muy similar de contenidos, haciendo salvedad de algunas leyes no desarrolladas, como es el caso de La Rioja, lo cierto es que si analizamos los elementos más característicos de la fórmula *concierto social*, surge la reflexión de si realmente

<sup>785</sup> Específica de la Ley Foral de Navarra 13/2017.

se está consiguiendo la mayor flexibilización que supone no sujetarse al procedimiento de la contratación pública, cuando estos servicios a las personas no revisten interés para los proveedores de otros estados miembros. Y a la vista de su objeto, de los principios a los que se sujeta la selección de entidades, de los requisitos exigidos, de los criterios de selección (por adjudicación), de los elementos procedimentales específicos, de los mecanismos de control, tan parecidos, por escasos, como en los procedimientos de contratación, y de las cláusulas sociales y medioambientales susceptibles de inclusión en la valoración de la selección de entidades y como condiciones especiales de ejecución; diríase que existen pocas diferencias entre una prestación realizada mediante la fórmula de la concertación y otra a través de un contrato de servicios<sup>786</sup>, menos aún si se utiliza, como hemos visto, la reserva de estos servicios a las personas a entidades de la economía social, recogidas en la Disposición Adicional cuadragésima octava.

Es cierto, que el legislador autonómico, en ausencia de modelos específicos, probablemente por una mayor seguridad jurídica, haya optado por emular el régimen previsto en la normativa de contratación del sector público, con pequeños matices como la adjudicación directa y los criterios de selección (por adjudicación), declarándolo incluso de aplicación supletoria, aunque con ello ha perdido también la oportunidad de configurar unas relaciones público-privadas, sin ánimo de lucro, mucho más flexibles y adaptadas a las necesidades económicas y de calidad de las administraciones concertantes.

<sup>786</sup> Prueba de ello, no solo la encontramos en la legislación andaluza, como hemos visto, que califica la naturaleza del concierto como contrato administrativo especial, sino también en la legislación navarra, que recientemente, en su Decreto-Ley Foral 2/2020, de 25 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para responder al impacto generado por la crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19), establece que las medidas previstas para los contratos públicos, serán de aplicación también a los conciertos sociales, en los ámbitos de salud y servicios sociales.

## 2.2. El concierto social y la adjudicación directa a entidades sin ánimo de lucro

Repasado el compendio normativo autonómico sobre el concierto social, y anticipado como ha quedado en el acercamiento a la jurisprudencia europea sobre las posibilidades de adjudicar directamente servicios de los denominados a las personas, vamos a analizar en este apartado los fundamentos de lo que parece, a priori, una quiebra de los principios de publicidad, transparencia y no discriminación en la organización de los servicios sociales, tal y como señala el considerando 114 de la Directiva.

Como advierte el profesor GIMENO, *“la normativa europea habilita, dentro de los límites expuestos, que los Estados puedan diseñar un régimen legal ad hoc para la provisión de los servicios de salud a las personas mediante sistemas singulares de contratación pública, de reserva de contratos e, incluso, de acuerdos directos. Obviamente, el diseño práctico del modelo no puede distorsionar de forma indebida la competencia en el sector de la provisión de servicios sanitarios ni la «preferencia» puede convertirse en un «modelo exclusivo» que solo permita la colaboración privada del denominado tercer sector.”*. Según previsión expresa recogida por alguna de las legislaciones autonómicas vistas (Asturias, Navarra, Aragón), se contempla la adjudicación directa y sin publicidad a entidades sin ánimo de lucro, basada en la jurisprudencia del TJUE, que se analiza a continuación.

En primer lugar, en la aproximación a esa exclusividad en la elección de la Entidad concertante, hemos de contemplar el caso de la elección de empresas *“a las que, solo en función de su forma jurídica, el Estado reembolsa los costes de las prestaciones”*. Y en este sentido, la Sentencia del TJUE, de 17-06-1997, Asunto C-70/95 (Sodemare), examina varias cuestiones prejudiciales que se le plantean por el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, concretamente la 2), que dice: *“Si una norma nacional que reserva (de forma inmotivada) a las “sociedades” sin ánimo de lucro la prestación de toda una categoría de servicios, importantes, asimismo, desde el punto de vista*

*económico, es contraria al artículo 58 del Tratado, en la medida en que introduce una distinción estricta entre sociedades con ánimo de lucro y sociedades sin ánimo de lucro.” Y la 4), que expresa: “Si el artículo 59 del Tratado se opone a una normativa nacional que, de acuerdo con modalidades definidas por el ordenamiento interno, dirige a los usuarios de los servicios asistenciales —a los que el propio ordenamiento reconoce la libre elección de prestador— exclusivamente a empresas a las que, sólo en función de su forma jurídica, el Estado reembolsa los costes de las prestaciones sanitarias que toda empresa autorizada está obligada a dispensar, con la consecuencia de que, por un lado, se canaliza la demanda de servicios hacia determinados prestadores y, por otro, se priva al usuario de una real libertad de elección.”.*

Sobre estas cuestiones, el Tribunal declara que:

*“2) Los artículos 52 y 58 del Tratado CE no se oponen a que un Estado miembro permita únicamente a los operadores privados que no persigan un fin lucrativo contribuir a la ejecución de su sistema de asistencia social mediante la suscripción de conciertos que dan derecho al reembolso por parte de las autoridades públicas de los costes de los servicios de asistencia social de carácter sanitario.*

*3) El artículo 59 del Tratado CE no es aplicable a la situación de una sociedad que, habiéndose establecido en un Estado miembro para explotar en él residencias de ancianos, presta servicios a los residentes que, a tal efecto, se alojan con carácter permanente o por tiempo indefinido en dichas residencias.*

El Gobierno italiano, justificaba la inexistencia de ánimo de lucro, en que éste era el medio más coherente para atender las finalidades exclusivamente sociales del sistema, entendiendo que la prestación por parte de las entidades privadas que no persiguen un fin lucrativo no están condicionadas por la exigencia del beneficio y pueden orientarse mejor a la obtención de aquellas finalidades. Y el Tribunal considera que un sistema de asistencia social, como el tratado en el procedimiento principal, necesita para alcanzar sus objetivos de la participación de operadores privados que no persigan un fin lucrativo, para contribuir a la ejecución de un sistema de asistencia social concertado,

que da derecho al reembolso de los costes de los servicios, en este caso, de carácter sanitario.

Ahora, demos un paso más hacia la adjudicación directa de determinados servicios, en concreto los de transporte sanitario para establecimientos públicos, a las organizaciones de voluntariado que cumplen los requisitos legales. En este sentido, forma parte de las citas clásicas la sentencia del TJUE, de 11 de diciembre de 2014, en el asunto C-113/13 (Spezzino), sobre una petición de decisión prejudicial, planteada por el Consiglio di Stato (Italia). Se parte de que la República Italiana ha recogido en su Constitución el principio de participación de los ciudadanos a través del voluntariado, para el desarrollo de actividades de interés general con el apoyo de las autoridades públicas, conforme al principio de subsidiariedad. La actividad de voluntariado se caracteriza por una prestación personal, espontánea y gratuita, sin ánimo de lucro y con fines solidarios exclusivamente. A su vez, la LR 41/2006, de la región de Liguria, relativa a la reorganización del servicio de salud regional, reconoce el valor y el papel del voluntariado y fomenta su contribución a la obtención de las finalidades del servicio de salud. Su art. 75 ter, que regula el transporte sanitario, dispone:

*“1. La prestación de servicios de transporte sanitario es una actividad de interés general que se rige por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.*

*2. Los servicios de transporte sanitario mencionados en el apartado 1 serán prestados por las propias empresas sanitarias y otras entidades suministradoras públicas o asimiladas empleando sus propios medios y personal. Cuando no sea posible, el transporte sanitario se encomendará a otras entidades que reúnan los requisitos [establecidos por diversas leyes, nacional o regionales, que regulen el voluntariado, el sistema de urgencias sanitarias y el transporte sanitario] y que [dispongan] del equipo y del personal propios para garantizar el servicio requerido [...]”.*

Tras esta breve descripción contextual, el litigio principal y las cuestiones prejudiciales se centran en el acuerdo marco regional celebrado por la Regione de Liguria con la ANPAS, el Consorzio italiano pubbliche assistenze

(CIPAS) y la Croce Rossa Italiana, organismos que representan a las organizaciones de voluntariado, para la regulación de las relaciones entre las empresas sanitarias y hospitalarias, de un lado, y las organizaciones de voluntariado y la Croce Rossa italiana, de otro. El acuerdo fue impugnado por las sociedades San Lorenzo Soc. coop. Sociale y Croce Verde Cogema cooperativa sociale, basándose en la incompatibilidad con el derecho de la Unión, en particular con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y, en consecuencia, con los principios de igualdad de trato y de no discriminación frente a organismos que no ejerzan una actividad de voluntariado.

El Consiglio di Stato, que conoce del recurso, entiende que en la jurisprudencia del TJUE, el concepto de operador económico, no excluye a las entidades que no persigan un ánimo de lucro, incluso a las que carezcan de él, y ambas pueden competir para la adjudicación de los contratos públicos, y se hace una pregunta interesante sobre el carácter no oneroso de los convenios controvertidos, dado el reembolso de gastos que conllevan. Lo expresa así:

*“- Los costes indirectos y los gastos generales de los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado el convenio, vinculados al ejercicio de la actividad de que se trata (suscripciones, cánones, cargas de copropiedad, seguros, gastos de funcionamiento), calculados proporcionalmente a la relación existente entre el importe total de los costes directos de dicha actividad para ese organismo y el importe total de los gastos directos que se refieren al conjunto de las actividades del organismo;*  
*- Los costes directos correspondientes a gastos de carácter duradero, como los salarios del personal, a los que los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado el convenio deberían hacer frente en cualquier caso.”*

En este ámbito se plantean las dos cuestiones prejudiciales del Consiglio di Stato, que pregunta si las normas del Derecho de la Unión, en materia de contratación pública y las normas de competencia del Tratado, deben ser interpretadas como oposición a una normativa nacional que prevé la adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de



voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, los cuales únicamente perciben el reembolso de los gastos efectivamente soportados a tal fin y de una fracción de los costes fijos y permanentes.

A la vista de este planteamiento, el TJUE, manifiesta, entre otros, que un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el hecho de que su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio. Igualmente, que el derecho de la Unión en materia de contratos públicos, tiene por objetivo garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia. Y concluye, que la adjudicación, sin ninguna transparencia, es constitutiva de una diferencia de trato en perjuicio de las empresas que puedan estar interesadas.

Sin embargo, sin negar lo anterior, señala que estas consideraciones no menoscaban la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de salud pública y de seguridad social<sup>787</sup>. Precisando, que es necesario tener en cuenta que la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado, y que corresponde a los Estados miembros decidir qué nivel de protección pretenden asegurar, como en el servicio de transporte sanitario controvertido, inspirado en los principios de universalidad, solidaridad, y eficiencia económica.

Finalmente, el TJUE, nos aporta un argumento fundamental, como es el riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, que puede constituir, en sí mismo, una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo a la libre prestación de servicios, como lo es también el objetivo de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos.

Con todo ello, el Tribunal de Justicia, declara:

<sup>787</sup> Sodemare y otros, C 70/95, EU:C:1997:301, apartado 27 y jurisprudencia citada, y Blanco Pérez y Chao Gómez, C 570/07 y C 571/07, EU:C:2010:300, apartado 43 y jurisprudencia citada.

*“Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé que el suministro de los servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa.”*

Y nosotros colegimos, que caben excepciones a los principios generales de libre circulación de los servicios y apertura a la libre competencia, excepciones basadas en una previa regulación normativa de servicios a las personas de interés general<sup>788</sup> que se rigen por los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia económica y presupuestaria. Sin que a ello obste, como bien apunta el Tribunal, la consideración de la retribución de la prestación, mediante el mero reintegro de los gastos, aspecto que no considera distintivo respecto de un contrato público.

En parecidos términos se pronuncia la Sentencia del TJUE, de 28 de enero de 2016, asunto C-50/14, (CASTA), que examina una cuestión prejudicial, cuyo objeto es la interpretación de los artículos 49 y 56 del TFUE.

El Tribunal remitente, Tribunale amministrativo regionales per il Piemonte, señala que el Derecho de la Unión parece reservar un trato especial a las prestaciones de naturaleza socio-sanitaria, cuando un Estado miembro elige atribuir su realización a organismos sin ánimo de lucro<sup>789</sup>. Piensa el Tribunal

<sup>788</sup> En el caso, servicios que figuran en el anexo II B), cuyo contrato debe celebrarse conforme a lo dispuesto en los artículos 23 y 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18, no siéndoles de aplicación el resto de normas sobre coordinación de los procedimientos previstos en la citada Directiva, en particular las aplicables a las obligaciones de convocar una licitación con publicación previa de un anuncio y las relativas a los criterios de adjudicación de los contratos (sentencias Comisión/Irlanda, C 507/03, EU:C:2007:676, apartado 24, y Comisión/Irlanda, C 226/09, EU:C:2010:697, apartado 27).

<sup>789</sup> Se refiere a la “sentencia Sodemare y otros (C 70/95, EU:C:1997:301) y a los trabajos preparatorios de la nueva Directiva en materia de contratos públicos, que estaban entonces en curso y llevaron después a la adopción de la Directiva 2014/24/UE.”. El tribunal remitente,

remitente, que dado que el objeto de estos conciertos son prestaciones en el ámbito del servicio sanitario público, y que su estructura se ajusta al principio de reembolso de los gastos, las asociaciones de voluntariado ejercen sus actividades fuera del ámbito mercantil, aspecto éste que justificaría la excepción de la obligación de convocar licitación, dado que, matiza el Tribunal, *“una oferta emanante de un organismo de voluntariado sería difícilmente comparable con la de un operador económico tradicional.”*

No obstante, continúa diciendo el Tribunal, en el apartado 27, que no obstante lo dicho, *“sería oportuno que la autoridad administrativa competente realizara una comparación entre las ofertas de las asociaciones de voluntariado interesadas, establecidas en su caso en un Estado miembro distinto de la República Italiana, para comprobar que los reembolsos no cubran gastos de gestión superfluos* (el subrayado es nuestro). Reparemos en la relevancia que tiene el argumento, porque justifica que pueda acudir a organismos sin ánimo de lucro, aunque sin discriminar la presentación de otros de la misma naturaleza (asociaciones de voluntariado) de terceros países miembros, con el propósito de verificar costes, que no precios, que son comunes a estas Entidades para tener una referencia de *“mercado social”* que evite posiciones alejadas de reembolso justo. De algún modo, **el Tribunal remitente, opta por una libre concurrencia reservada a organismos o entidades de la misma naturaleza, esto es, sin ánimo de lucro** (la negrita es nuestra).

En este contexto el Tribunal remitente plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

observa también, en su apartado 22 que: *“mediante referencia a la sentencia Ambulanz Glöckner (C 475/99, EU:C:2001:577), que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la falta de ánimo de lucro de un organismo que ejerce una actividad económica, en particular la de transporte sanitario, no lleva a excluir la condición de empresa, en el sentido de las disposiciones del Tratado FUE, de modo que las asociaciones de voluntariado pueden ejercer una actividad económica en competencia con otros operadores económicos, en particular participando en procedimientos de licitación. Añade que esa jurisprudencia ha establecido además que el concepto de «contrato oneroso», al que se refiere el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18, comprende también los contratos para los que la retribución pactada se limita al reembolso de los costes soportados para prestar el servicio objeto del contrato, con referencia especialmente a la sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros (C 159/11, EU:C:2012:817).”*

«1) *¿Se opone el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos —en el presente asunto, dado que se trata de contratos excluidos [del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18], los principios generales de libre competencia, no discriminación, transparencia y proporcionalidad— a una normativa nacional que permite la adjudicación directa del servicio de transporte sanitario a asociaciones de voluntariado primordialmente organizadas sobre la base de prestaciones de trabajo no retribuido y a cambio de un efectivo reembolso de los gastos?*

2) *Si esta clase de adjudicación es compatible con el Derecho de la Unión, ¿ha de realizarse una comparación previa de las ofertas de varios operadores homogéneos (en su caso, también comunitarios) que puedan obtener la adjudicación directa, con objeto de limitar el riesgo de realización de gastos ineficientes o inadecuados, y, por tanto, debe interpretarse en tal sentido la normativa nacional que permite la adjudicación directa?*

3) *Si esta clase de adjudicación es compatible con el Derecho de la Unión, ¿deben estar sujetas las asociaciones de voluntariado beneficiarias de adjudicaciones directas a límites porcentuales concretos de acceso paralelo al mercado y, por tanto, debe interpretarse en tal sentido la disposición nacional que establece el carácter marginal de las actividades comerciales de estas asociaciones?»*

El TJUE, aplicando los argumentos vertidos en la sentencia *Spezzino*, sobre las normas de coordinación de los procedimientos previstas en la Directiva 2004/18/CE, sobre la base de que los contratos relativos a los servicios incluidos en el anexo II B de la Directiva 2004/18, no presentan interés transfronterizo que justifique un procedimiento de licitación, recuerda:

- *“Un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el solo hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio o de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro<sup>790</sup>.*

<sup>790</sup> Véase en ese sentido la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C 113/13, EU:C:2014:2440, apartados 36 y 37 y jurisprudencia citada. Igualmente, téngase en cuenta la Directiva 2014/24/UE, considerando núm. 28, que excluye de su ámbito de aplicación a determinados servicios de emergencia prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, ya que -según dice- “sería difícil preservar la especial naturaleza de estas organizaciones en el caso de que los proveedores de servicios tuvieran que elegirse con arreglo

- *“que la Directiva 2004/18 se opone a una normativa nacional como la que es objeto del litigio principal, que permite que las autoridades locales atribuyan la prestación de los servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado.”*
- *“la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro del poder adjudicador de ese contrato constituye una diferencia de trato en perjuicio de las empresas que pueden estar interesadas en ese contrato, establecidas en otro Estado miembro.”*

Pese a lo cual, el TJUE considera el efecto presupuestario positivo de los conciertos, derivado de la ausencia de ánimo de lucro, los principios de universalidad y de solidaridad, y las razones de eficiencia económica y de adecuación, que permiten que el servicio sea prestado en condiciones de equilibrio económico en el orden presupuestario, por organismos constituidos esencialmente para servir al interés general. En este sentido, la sentencia contiene alusiones, ya realizadas en *Spezzino*, a la salud y la vida de las personas como bienes e intereses protegidos por el Tratado, un servicio médico y hospitalario equilibrado y de calidad, accesible a todos, así como una voluntad de lograr un control de los gastos y evitar todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos.

Pero el TJUE, también aclara: *“En virtud del principio general del Derecho de la Unión de prohibición del abuso de Derecho, la aplicación de esa normativa no puede extenderse hasta cubrir prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros. Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal.”* (el subrayado es nuestro), y se remite en cuanto al reembolso de los costes a los efectivamente soportados dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones (por organizaciones en *Spezzino*).

*a los procedimientos establecidos en la presente Directiva”. Si bien esta exclusión, matiza, no debe ampliarse más allá de lo estrictamente necesario, no afectando a los servicios de transporte de pacientes en ambulancia.*

Llegados a este punto, que marca una cierta inflexión en la causa que lleva a la posibilidad de la adjudicación directa, por motivos de eficiencia presupuestaria, ya que van de suyos, la finalidad social y los objetivos de solidaridad; es preciso referirnos al reembolso de los costes, efectivamente soportados sí, pero dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal, impidiendo cualquier tipo de práctica abusiva de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros. Cuando hablamos de costes efectivamente soportados, estos podrían ser todos los que caben en la consideración de costes directos, esto es, aquéllos que se relacionan con los propios de la actividad concertada, sin tener en cuenta imputaciones de otro tipo, y pueden ser aplicados de modo inequívoco a cada prestación, tales como la mano de obra, las materias primas, amortizaciones y gastos financieros, alquileres de vehículos, seguros, etc.; e indirectos, que son en los que incurre la Entidad o Asociación para llevar a cabo su actividad, y que no pueden ser asignados a ningún concierto o contrato en concreto; entre ellos se consideran la administración de la Entidad, costes financieros, almacenes, garajes, maquinaria o vehículos no asignados específicamente a un concierto determinado, etc.<sup>791</sup>.

Sin embargo, esta estructura de costes que coincidirá con los efectivamente soportados no es seguro que sean los necesarios para su “funcionamiento normal”, al que se refiere el apartado 65 de la sentencia *CASTA*, con objeto de impedir su extralimitación abusiva. Evidentemente, no se define lo que es el funcionamiento normal, aunque cabe suponer, que tiene que ver con los necesarios para producir un servicio, en este caso, el transporte sanitario urgente, bajo estándares de cumplimiento profesional y rendimientos normales, comparables. Y aquí, traemos a colación de nuevo el apartado 27 de la Sentencia, al sugerir por el Tribunal remitente la comparación entre ofertas de asociaciones de voluntariado de distintos países, para evitar asumir lo que denomina “gastos de gestión superfluos”. No es una cuestión fácil, ni

<sup>791</sup> Véase, PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “El nuevo presupuesto base de licitación...”. Págs. 4 y ss.

pacífica, pero sin duda, es preciso delimitar previamente<sup>792</sup> cuál es el alcance económico del concierto, como bien indican algunas normas autonómicas, tales como la Ley del Principado, el Decreto Balear o la Ley Foral de Navarra, vistas más arriba. Se trata con todo ello de evitar situaciones abusivas, que podrían darse en un contexto en el que falta el ánimo de lucro, pero sobran recursos improductivos alimentados de un dinero fácil, aunque el que se reparta como salario no pase de un mínimo establecido. Dicho de otro modo, estas organizaciones deben ser tan productivas y con la destreza y habilidades necesarias para compararse con los operadores económicos que trabajan en el mercado, con la única diferencia de que aquéllas, no imputan un beneficio industrial. Si no es así, la eficiencia presupuestaria como uno de los elementos causales de la adjudicación directa, desaparece, y con ella, la posibilidad de utilizar este mecanismo extraordinario.

El TJUE, concluye declarando sobre las cuestiones prejudiciales que:

- “1) Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la que es objeto del litigio principal, que permite a las autoridades locales atribuir la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.*
- 2) Cuando un Estado miembro permite a las autoridades públicas recurrir directamente a asociaciones de voluntariado para el cumplimiento de ciertas funciones, una autoridad pública que se propone concluir conciertos con esas asociaciones no está obligada en virtud del Derecho de la Unión a comparar previamente las propuestas de diversas asociaciones”,* sin perjuicio, decimos nosotros, de lo sugerido por el propio Tribunal -apartado 27- respecto de la comparación entre distintas Asociaciones de distintos países.

<sup>792</sup> En este sentido, MARTÍN EGAÑA, Arantza, “Los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social”, cuando dice: *“en mi opinión, el órgano de contratación, con carácter previo a la adjudicación directa de este tipo de prestaciones, debería definir motivadamente cuáles son los costes “admisibles” del servicio de que se trate, y exigir a las entidades sin ánimo de lucro la presentación de una memoria económica de explotación de dicho servicio cuyos costes deberían corresponderse con los fijados y justificados previamente por la Administración.”*

3) *Cuando un Estado miembro, que permite a las autoridades públicas recurrir directamente a asociaciones de voluntariado para el cumplimiento de ciertas funciones, autoriza a esas asociaciones a ejercer ciertas actividades comerciales, corresponde a ese Estado miembro establecer los límites dentro de los que pueden desarrollarse esas actividades. Estos límites deben asegurar no obstante que esas actividades comerciales sean marginales en relación con el conjunto de las actividades de dichas asociaciones y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de éstas.*”

De todo ello se extraen las siguientes consecuencias para la práctica:

- a) Resulta posible adjudicar los servicios denominados *a las personas* (sociales, sanitarios incluso los farmacéuticos [excepto el transporte de pacientes en ambulancia], educativos y hasta de empleo), a entidades o asociaciones sin ánimo de lucro, siempre que exista una previsión normativa autonómica, que contribuya a una finalidad social y a la consecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, aunque habrán de analizarse, caso a caso, los distintos intereses en juego. Esta adjudicación, podrá ser incluso directa, cuando concurren las circunstancias de interés público que así prevean las correspondientes normas, tales como razones de urgencia, exclusividad o, en su caso, mejor posicionamiento geográfico con respecto a los usuarios de la prestación. En cualquier caso el recurso a la adjudicación directa debe ser extraordinario, y el modelo, como bien dice el profesor GIMENO<sup>793</sup>, *“no puede distorsionar de forma indebida la competencia en el sector de la provisión de servicios sanitarios ni la «preferencia» puede convertirse en un «modelo exclusivo» que solo permita la colaboración privada del denominado tercer sector.*”

<sup>793</sup> GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>, “Los Contratos de servicios a las personas y su exclusión de la Ley de Contratos...”, págs. 689-710. Respecto de esta última, señala el profesor que *“el debate sobre la prestación de los servicios públicos en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público, es decir, sobre la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. [...] lo que no significa, ni puede significar, en modo alguno, que pueda «expulsarse» al sector empresarial «lucrativo» en la prestación de este tipo de actividades”*



- b) Las entidades u organizaciones con las que se concierten las prestaciones a las personas no deben obtener beneficio económico derivado de su actividad, lo que no impide la compensación de costes directos e indirectos, en el bien entendido de los casos, de que estos son los necesarios para un “funcionamiento normal”, ajustados a estándares de rendimiento y de calidad, previstos en el mercado para actividades similares.
- c) No es admisible la utilización indebida de la autorización de estos modelos no contractuales para amparar prácticas abusivas de estas organizaciones.
- d) Han de respetarse los umbrales de las Directivas 23 y 24/2014/UE, en relación con los considerandos 8 y 114, respectivamente y, por tanto, todos aquellos servicios de la naturaleza que analizamos, cuando los superen, deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. De lo que se infiere que han de licitarse como contratos públicos, si bien con el amplio margen de maniobra que ha sido visto en el apartado 1 “Forma contractual” de este Capítulo.

A modo de conclusión del apartado, los servicios reservados, tanto en su vertiente general (DA 4<sup>a</sup>), como en su específica (DA 48<sup>a</sup>), especialmente esta última, aunque se han tratado de modo independiente, están ligados cómo fórmula con los servicios a las personas. El legislador europeo, sobre la base de la jurisprudencia existente, excluye, por falta de interés transfronterizo, determinados contratos de servicios sociales y otros servicios no económicos de interés general, que no superan el umbral de 750.000 euros para servicios y de 5.186.000 euros para concesiones de servicios, propiciando para los que se sitúan por encima, una alta flexibilidad para organizar la elección de proveedores de servicios, más simple y con reducción de cargas administrativas.

Esta libertad de la que gozan los Estados miembros (considerandos 6 y 114 de la Directiva, y preámbulo y art. 11.6 de la LCSP2017), permite acudir a figuras contractuales, aunque no superen el umbral previsto en las Directivas

2014/23 y 24/UE, a la reserva de contratos y a la concertación social, con determinadas organizaciones del tercer sector que combinan la falta de ánimo de lucro, según rendimientos y calidades de servicio estandarizadas, que ha sido expuesta, y un objeto o finalidad como asociación de interés social concurrente con el que es preciso satisfacer por las entidades concertantes.

Como hemos dicho al inicio de este apartado, tanto los contratos reservados, como la acción concertada, son modelos que vehiculizan la acción social, no directa, de los poderes públicos, acordes con esa visión clave en la que se erige la contratación pública y modelos *laterales* como el analizado, para conseguir una estrategia contributiva a las políticas sociales.

Esto, en ningún caso, significa vaciar de contenido la actividad de los operadores económicos que actúen en el mercado con ánimo de lucro, que deben seguir optando, incluso en concurrencia, con entidades y asociaciones sin ánimo de lucro; sino que cuando se den las circunstancias verificadas por la jurisprudencia del TJUE, esto es, servicios de interés general, como son los servicios a las personas, para los cuales se necesite obtener una eficiencia presupuestaria, pueda limitarse la concurrencia, e incluso adjudicarse directamente, con un tipo de entidades, organizaciones o asociaciones específico, que reúnan el requisito de falta de ánimo de lucro, contribuyan realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

## **PARTE TERCERA. EL CONTROL CON VALOR.**

## **CAPÍTULO XI. El control y supervisión de los aspectos estratégicos de la contratación pública.**

Estrenamos Capítulo, para analizar una cuestión que nos parece de especial relevancia y sobre la que apenas existe regulación, más allá de la normativa de control financiero y de los mejores ejemplos de pliegos de condiciones como luego se dirá, siendo la preocupación doctrinal, científica y administrativa, mínima, si la comparamos con el tratamiento de las características sociales y medioambientales que constituyen el meollo de esta Memoria. El control y seguimiento de los contratos es la asignatura pendiente de los órganos de contratación. Parece cómo si a estos solo preocupara alumbrar un nuevo contrato mediante su formalización y centrarse en la preparación y adjudicación del siguiente, sin pensar que el elemento causal de aquél está en la verdadera satisfacción de una necesidad pública que se atiende.

Si no nos ocupamos de su seguimiento y control, si no tomamos medidas cuando su incumplimiento se hace aparente, y mucho más cuando éste es una realidad, de poco sirve el tiempo, la dedicación y el dinero gastado, de poco sirve hablar de eficiencia entonces y de la correcta utilización de los fondos públicos. Y se podrá decir que esta función compete al responsable del contrato, pero de nuevo la realidad se muestra cruel, cuando en el mejor de los casos hay un responsable nombrado, éste difícilmente puede hacer un seguimiento efectivo en lo material, pues de un modo concurrente debe comprobar cuestiones formales de la actividad, cada vez más, y seguir trabajando en el diseño de otros nuevos contratos.

No existen mandatos claros, precisos y estructurados para el ejercicio de la función de supervisión, que tiene como efecto la definición de una importante área de mejora en el control de la ejecución de los contratos. Hipótesis que se corrobora mediante informes y conclusiones del Tribunal de Cuentas del Estado

y, respecto al derecho comparado latinoamericano, en algunos informes de sus Contralorías.

El seguimiento y control de los contratos, cuando no se produce, incrementa nuestros costes, y habilita al mal contratista para mantenerse en el mercado, tolerando unas ineficiencias que las arcas públicas no pueden asumir. Significativamente en el ámbito del estudio que trabajamos, donde cláusulas de perspectiva o corte social y medioambiental, a menudo extramuros de la parte más intrínseca del objeto del contrato, y por tanto alejadas del interés de políticos y técnicos directores de la obra o responsables del servicio, son ignoradas en su cumplimiento, por colaterales y accesorias.

Esta es una realidad que hunde sus raíces, como ya hemos dicho en los capítulos iniciales, en la falta de cultura de la conservación medioambiental, en la falta de compromiso social, en la falta de una auténtica responsabilidad social, pero también, lo que es más importante, en la falta de profesionalización de la contratación pública. Nos falta el conocimiento necesario para seguir la marcha de la incorporación de la vertiente estratégica de la contratación pública. Y es cierto que ya la tercera generación de Directivas apuntaban a lo estratégico, y que estos aspectos de tipo social y medioambiental se convierten en elementos clave de la nueva contratación para su utilización por pequeñas y medianas empresas, también de iniciativa social, con las que alcanzar la estrategia 2020; como también lo es la tímida aplicación de las muchas posibilidades de integración de las políticas sociales y medioambientales en todas las fases del procedimiento de la contratación pública.

En definitiva, nuestra contratación, como toda creación, que incorpora unos fines a cumplir en un ámbito de intereses contrapuestos, si no se supervisa, mediante objetivos e indicadores de impacto, valga el símil, alumbrará un vehículo muy potente pero ingobernable, incapaz de servir para lo que fue construido, es decir, para ser un potente inductor de aquellas políticas.

Por tanto, en este Capítulo analizaremos la función de control, en especial el control de ejecución no formal, sin despreciar el control llevado a cabo por los órganos de control interno y externo, especialmente de los Tribunales de Cuentas, marcando pautas y recomendaciones.

## **1. Eficacia, eficiencia y buen uso del dinero público**

Hemos tratado en el Capítulo III, con suficiente detalle, el difícil equilibrio entre una contratación instrumental y estratégica con el uso eficiente de los fondos públicos, por tanto, a lo dicho en el mismo, nos remitimos. Ello no obstante, quizás convenga reiterar en éste, la importancia de la función de control para conseguir los mejores resultados, al precio comprometido y con la efectiva satisfacción de unos requisitos sociales o medioambientales pactados. ¿Es esto un buen uso del dinero público?. Sin discusión lo es. Sucede sin embargo, que esta relación causal entre la consecución de resultados, cumpliendo todos los compromisos acordados, y el buen uso del dinero público, como efecto, muy a menudo, ni está, ni se le espera. Y ¿por qué, siendo este silogismo tan fácil de entender, no se da en la práctica, o por lo menos habitualmente?.

Las razones, como ya hemos avanzado, pueden ser varias, algunas de índole profesional, derivadas de la falta de conocimientos para diseñar el contrato, tales como elementos personales, representación de la mujer en el trabajo, compatibilidad para la prestación con personas vulnerables, especialmente con discapacidad, ponderación entre mano de obra y mecanización (empleabilidad) y mitigación del impacto que en el medio ambiente tiene el consumo de bienes y servicios por las administraciones contratantes. Sabemos que la contratación pública se ha vuelto poliédrica, por la necesidad de especialización: laboral, económica, social, jurídica y medioambiental, y que por ello han de tenerse en cuenta las exigencias sociales de la nueva cultura de gestión de los servicios públicos basada en la gobernanza, que preconiza el TREBET 2015, cuyo preámbulo dice que la norma tiene por finalidad mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la administración, y podrá cumplir sus

funciones, si las personas que en ella laboran lo hacen desde el compromiso con el servicio objetivo al interés general, comenta RODRÍGUEZ-ARANA<sup>794</sup>.

Se precisan estrategias de profesionalización en tecnologías de la información y de la comunicación, en sistemas de contratación con plataformas de apoyo a pequeños y medianos municipios, comarcas, mancomunidades, fortalecimiento de los servicios de asistencia de las Diputaciones y de las Comunidades Autónomas uniprovinciales para sus municipios, elaboración de guías, incluidos códigos éticos para evitar los conflictos de interés. Volveremos sobre este aspecto al tratar del último Capítulo de esta Memoria, relativo a la implantación efectiva de los nuevos enfoques social y medioambiental.

Todos los modelos de gestión de la calidad<sup>795</sup> enfatizan la importancia de las personas como activo en la realización de actividades, capaces de convertir las demandas y expectativas ciudadanas en servicios, mediante la consideración de todas las partes interesadas, los ciudadanos, los proveedores, los clientes internos y otros grupos de interés.

Otras emparentan con la buena gestión, desafiándonos a demostrar la mejor calidad/precio, las oportunidades de la digitalización y tramitación electrónica del procedimiento, los objetivos de política horizontal y valores sociales como la innovación, la inclusión social y la sostenibilidad económica y medioambiental, la accesibilidad y la minimización de ineficiencias, malgasto, irregularidades, el fraude y la corrupción.

La posesión, por tanto, de competencias profesionales formal-procedimentales, económicas, laborales y medioambientales, y la utilización de técnicas de gestión que eviten desperdicios, con el alcance que han sido vistos en el Capítulo III, suponen el eficaz basamento de la preparación y adjudicación del contrato,

<sup>794</sup> RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, *MISIÓN JURÍDICA Revista de Derecho y Ciencias Sociales Bogotá, D.C. (Colombia) Colaboradores Externos Internacionales*, Núm. 6, Año 2013, pp. 23-56.

<sup>795</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “La calidad como herramienta para conseguir un modelo eficiente ...”

al que, por medio de un buen sistema de seguimiento y control de las prestaciones, substantivas y estratégicas, nos conducirá a la consecución de resultados óptimos, fieles a los compromisos contractuales, y de ahí, a la eficiente utilización de los fondos públicos, tal y como establece el artículo primero de la LCSP 2017.

## **2. Acercamiento al ejercicio de control sobre la ejecución de los contratos. Posicionamiento legal y doctrinal.**

Desde esta parte incipiente del recorrido por la materia que nos proponemos, hemos de distinguir, de un lado, las normas reguladoras de aplicación, constituidas fundamentalmente por la Directiva 2014/24 UE de Contratación pública, artículos 70 y ss., y la LCSP 2017, especialmente, el Libro segundo, Título I, Cap. I, Sección 1ª, subsección 3ª “Ejecución de los contratos”, y las normas especiales dedicadas a cada uno de los contratos típicos en el Título II, y de otro, el control de la ejecución de los mismos a través de los distintos órganos creados por los respectivos órganos de contratación.

No es una cuestión menor, existe un escaso material doctrinal y jurisprudencial acerca de la ejecución de los contratos, al igual que una exigua normativa en los ámbitos europeo, estatal y autonómico<sup>796</sup> que pretende vertebrar la respuesta jurídica a las innumerables incidencias que se producen durante el proceso de ejecución de los contratos, tales como abono del precio, revisión, cesión y subcontratación, interpretación, modificación y mantenimiento del equilibrio económico del contrato, recepción, penalidades, resolución, vicios y defectos, etc. Y existe aún menos, cuando el foco se pone en el control, en los órganos y en las actuaciones precisas para garantizar un óptimo y eficiente cumplimiento de los contratos, pues de nada sirve la incorporación de cláusulas sociales y

<sup>796</sup> Véanse en este sentido la Ley Foral de Navarra 2/2018, de 13 de abril, especialmente su art. 141 “Supervisión e inspección del contrato”, llevada a cabo por la unidad gestora del contrato, que velará -dice- por la correcta aplicación de la legislación de la contratación pública y que podrá dictar instrucciones precisas para el fiel cumplimiento de lo convenido. También el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de la Generalitat de Cataluña, de medidas urgentes en materia de contratación pública; o la Ley 3/2011, de 24 Feb. CA Aragón (medidas en materia de Contratos del Sector Público).



ambientales, en cualesquiera fases del proceso de contratación, si su cumplimiento se deja a la discreción del contratista por falta de control de los órganos llamados a ejercitarlo.

El concepto de control aparece ya en el artículo primero de la LCSP 2017, ligado al gasto público y persigue el objetivo, como decimos en el apartado anterior, de la *“... eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”*. Aunque como puede observarse no se le relaciona con la ejecución del contrato, evidencia clara de cómo el legislador ha pasado “de puntillas” sobre este ámbito, no es menos cierto que la eficiente utilización de los fondos, al margen del control financiero y el realizado por los Tribunales de Cuentas, requiere de un específico, eficaz y eficiente control de ejecución de las prestaciones por parte del Director de las Obras, en los contratos de este tipo y del Responsable del Contrato, en el resto de los contratos.

Después de este posicionamiento general del legislador, pensando en el control del gasto público, se recogen a lo largo del citado texto legal determinadas previsiones propias del control de ejecución, aunque sin ofrecer detalle de su operatividad, lo que demuestra que la materia sigue preocupando poco, si bien, se detectan indicios relacionados, precisamente, con la efectividad de los compromisos y requisitos de carácter estratégico, dada la voluntad más preclara, que nunca antes, hacia la introducción en los contratos de los aspectos sociales y medioambientales. Entre estas previsiones, destacamos:

- Art. 62. “Responsable del contrato”.

Al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias para asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro de las facultades que el órgano de contratación le asigne.

- Art. 70 “Condiciones especiales de compatibilidad”, sobre *“empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia”*

Su apartado 2., contempla indirectamente la posibilidad de celebrar contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de cualesquiera contratos.

- Art. 233 “Contenido de los proyectos y responsabilidad derivada de su elaboración”.

El apartado 1 c), se refiere al Pliego de Prescripciones Técnicas, donde se hará la descripción de las obras y se regulará su ejecución, *“con expresión de la forma en la que ésta se llevará a cabo, las obligaciones de orden técnico que correspondan al contratista, y la manera en que se llevará a cabo la medición de las unidades ejecutadas y el control de calidad de los materiales empleados y del proceso de ejecución.”*

- Art. 253. “Responsabilidad en la ejecución de las obras por terceros”. Contrato de concesión de obra pública.

El artículo contempla la facultad del concesionario para realizar el control de ejecución de las obras que contrate con terceros, sobre la base de un plan que ha de elaborar y aprobarse por el órgano de contratación.

- Art. 260.3. “Zonas complementarias de explotación comercial”. Contrato de concesión de obra pública.

Estas zonas quedan sujetas al principio de unidad de gestión y control de la Administración Pública concedente.

- Art. 261. “Prerrogativas y derechos de la Administración”. Contrato de concesión de obra pública.

De modo indubitado, pero escueto, se hace referencia a la facultad de vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, a cuyo efecto podrá inspeccionar obras, instalaciones y documentación.

- Art. 303. “Facultades de la Administración en el proceso de fabricación”.

La Administración, sobre la base de esta facultad de inspección, puede realizar análisis, ensayos y pruebas de los materiales que se vayan a emplear, así como establecer sistemas de control de calidad.

Tampoco la normativa europea, en especial la Directiva 2014/24/CE, se muestra clara y contundente con la regulación de la función de control de la ejecución de los contratos. Sin embargo, incide particularmente sobre aspectos estratégicos de la contratación, procurando una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de contratación pública. Consciente de la importancia de estas medidas que coadyuvan a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, su Considerando núm. 37, hace hincapié en que:

*“resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre que dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión.”.*

Según el legislador europeo, este control debe llevarse a cabo en las respectivas fases del procedimiento de licitación, esto es, en la elección de participantes, adjudicación de los contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a las ofertas anormalmente bajas (Considerando núm. 40).

Finalmente, el Considerando núm. 121, reconociendo el amplio campo de mejora en la aplicación de la normativa de contratación pública, para lograr una mayor eficacia y eficiencia, se refiere a la función de evaluación, sobre la base de un seguimiento adecuado que posibilite un debate informado sobre la introducción de posibles mejoras en las normas y la práctica en materia de contratación. Es competencia de los Estados decidir cómo debe llevarse a cabo dicho seguimiento, quién debe realizarlo, y si debe basarse en un control ex post, basado en muestras, o en un control ex ante sistemático de los procedimientos de contratación. Sin embargo, entendemos de acuerdo con los resúmenes de auditoría del Tribunal de Cuentas Europeo, ejercicios 2013 y 2014, que se refiere a los errores cometidos durante las fases de preparación y adjudicación de los contratos. Aspecto éste de interés, pero que no satisface las importantes carencias de cumplimiento, por falta de control, que presentan los contratos públicos.

Vemos cómo, ni la función de control, mínimamente desarrollada, ni las personas u órganos llamados a ejercerla, apenas si se esbozan en la normativa de aplicación, pese a la voluntad del legislador europeo, en coherencia con esa visión estratégica que imprime a la Directiva de contratación pública. Esta situación es directamente responsable de que, como veremos en los apartados siguientes, el seguimiento y control de los contratos apenas funcione como instrumento al servicio de la propia eficacia (cumplimiento estricto sensu del contrato) y eficiencia (utilizando herramientas, técnicas y procesos que mejoren la relación coste/resultado). Está fuera de toda duda que la inversión en la función de control, mediante colaboradores del Responsable del contrato y de Unidades especialidades encargadas de su seguimiento, resulta rentable para la mejor adecuación entre precio pagado y prestación obtenida, evitando los despilfarros típicos que la despreocupación por la *cosa pública* proyecta sobre la eficiente utilización de los fondos públicos.

Fijémonos ahora en la doctrina. En un sentido amplio, abstracto de esta función administrativa, se pronuncia OCHENIUS ROBINSON<sup>797</sup>, definiéndolo como *“aquella situación en la cual se disponen de conocimientos ciertos de lo que está ocurriendo interna y externamente, como de su amplitud de entorno, disponiendo por lo tanto de información que permitirá planificar lo que ocurrirá en un futuro [...] como última fase del proceso administrativo, compara los objetivos previstos con los resultados conseguidos”*; aunque nosotros necesitamos sesgar la función y determinarla en su aplicación a la contratación pública. En este último sentido, MARTÍNEZ<sup>798</sup>, pide rigor *“en la preparación del contrato con la definición precisa de las prestaciones objeto del contrato en los pliegos; y rigor en el control de la ejecución del contrato para no apartarse de lo contratado”*, aunque como él mismo señala en la Comunidad de Prácticas de Contratación Pública<sup>799</sup>, *“el control de la ejecución de los contratos es la asignatura pendiente en la práctica de la contratación pública”*. El mismo autor<sup>800</sup>, considera necesario, para tratar de asegurar una correcta ejecución de los contratos, que *“el órgano de contratación designe un funcionario o unidad administrativa (dotada de funcionarios) a los que atribuya funciones concretas para controlar que la ejecución de los contratos se ajusta en calidad, plazos y demás condiciones a lo contratado, y que efectivamente realice un control material y formal de los contratos. De esta manera se contribuye tanto a garantizar la eficiencia y sostenibilidad de la inversión pública como asegurar el cumplimiento del principio de igualdad de trato en la fase de ejecución de los contratos.”*. De nuevo la eficiencia como elemento causal del seguimiento de los contratos en esa búsqueda permanente de la justificada inversión para la atención de una necesidad pública de la competencia del poder adjudicador.

<sup>797</sup> OCHENIUS ROBINSON, Iván, ASOCEX, Véase la siguiente dirección de internet: <http://asocex.es/la-contratacion-publica-y-su-apremiante-control-porque-medir-nuestras-adquisiciones-y-que-nos-obliga-a-hacerlo>.

<sup>798</sup> MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José M., “Concomitancias del derecho laboral con el derecho de contratación pública”. *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 9/2015, de 15 de mayo, Editorial LA LEY. Pág. 14.

<sup>799</sup> Dirección de internet:

<http://www.contratacionpublicacp.com/forum/topic/listForContributor?user=3pklkgy3w6jsc>

<sup>800</sup> MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, *Contratación pública y transparencia...*, pág. 298.

En parecido sentido SOLORZANO GARCÍA, NAVÍO MARCO y CONTRERAS COMECHE<sup>801</sup>, *“Queda mucho camino que recorrer en la incorporación del valor social en la contratación pública, y muchos aspectos que continuar analizando sobre el tema, como seguir avanzando en el análisis comparado entre países (por ejemplo, los países nórdicos o los anglosajones) o un tema fundamental, el diseño de mecanismos de control estudios que garanticen no sólo el proceso de contratación atendiendo a valor social sino la fase posterior de ejecución”*. O como dice ORTEGA OLIVENCIA<sup>802</sup> : *“una vez formalizado el contrato, no se encuentra tiempo para inspeccionar o vigilar el servicio, ni hacer un seguimiento permanente del mismo a través de la figura del responsable del contrato. Nos encontramos con demasiados límites a esa actuación inspectora.”*. Apreciaciones que confirma MUÑOZ MACHADO<sup>803</sup>, alabando la regulación española de los aspectos sociales que, sin embargo, falla estrepitosamente en su fase aplicativa.

Afirmaciones que confirma la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón<sup>804</sup>, apelando a la necesidad de contar con un responsable del control de la fase de ejecución de los contratos que *“que permita aplicar con rigor la cláusula y sus consecuencias y no la convierta en papel mojado”*, o a la incorporación de parámetros objetivos para determinar cuándo la obligación se entiende cumplida<sup>805</sup>.

<sup>801</sup> SOLORZANO GARCÍA, NAVÍO MARCO, & CONTRERAS COMECHE, 2015, “Incorporación de valor social a la contratación pública en España: Situación y perspectivas”, *Reala Nueva Época*. Núm. 4, julio-diciembre de 2015.

<sup>802</sup> ORTEGA OLIVENCIA, Luis, “El coste de los servicios públicos locales”. *El Consultor* 5-2014. Pág. 5.

<sup>803</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Análisis de las Cláusulas Sociales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”. Ponencia en la Jornada “Los compromisos sociales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público como herramienta para lograr una mayor eficiencia en la contratación pública”, INAP, 19 de junio de 2018 (citado por María BURZACO en “La contratación pública como instrumento activo de innovación social”)

<sup>804</sup> Informe 16/2014, de 1 de octubre, sobre incorporación en los Pliegos de los contratos de una entidad local de determinadas cláusulas sociales, y consecuencias de su eventual incumplimiento.

<sup>805</sup> Informe 1/2015, de 17 de marzo: *“...debe establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula; y sus consecuencias (“supresión” de la prórroga o resolución del contrato) deben también acotarse en cada caso.*

De nada sirve, como dice LAGO NÚÑEZ<sup>806</sup>, *“la valoración efectuada para la determinación de la oferta más ventajosa, ya sea los criterios de plazo o precio, si luego no se respetan los tiempos o se modifica el precio”*.

BERNAL BLAY, comenta la que califica como “experiencia no muy satisfactoria”, respecto de la contratación derivada del Fondo Estatal de Inversión Local, creado por R.D. Ley 9/2008<sup>807</sup>. Recuerda el autor que la regulación FEIL incluyó una disposición para hacer frente a la situación de crisis económica, como condición especial de ejecución, que consistía en que el nuevo personal que el contratista necesitase emplear para la ejecución de las obras habría de encontrarse en situación legal de desempleo. Sabemos, porque lo ha dicho el Tribunal de Cuentas, a partir de una muestra de 700 entidades locales, que éstas descuidaron el control de su cumplimiento por parte de algunos contratistas, restando, en consecuencia, eficacia a la medida. Eficacia que ya aparecía condicionada en la propia normativa FEIL y en los pliegos, precisamente por la carencia de un régimen de penalidades, a lo que se añadía la mala praxis de encomendar los controles de presencia de los trabajadores a los propios adjudicatarios de las obras. La conclusión que extrae BERNAL es clara: *“no se hizo todo lo posible por atender ese objetivo de creación de empleo que justificó la intervención del Gobierno. Y no porque el instrumento fuera inadecuado, sino porque su cumplimiento no fue suficientemente vigilado, ni su incumplimiento desincentivado mediante la correspondiente sanción”*.

Por su parte, el profesor GIMENO<sup>808</sup>, nos habla de la visión ética y de profesionalización aplicada a las empresas adjudicatarias, y refiriéndose a GÓMEZ-JARA DÍEZ, cita *“cómo la experiencia norteamericana parece conducir indefectiblemente a la necesidad de que cualquier empresa que desee contratar con la administración pública debería instaurar de manera efectiva un programa*

<sup>806</sup> LAGO NÚÑEZ, Guillermo, “La Ejecución de los contratos públicos”, *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 120, Sección Reflexiones, del 1 Jun. al 31 Jul. 2012, Editorial La Ley, pág. 64.

<sup>807</sup> Véase el Cap. IV, apartado 6, de esta Memoria, “Los principios de eficiencia, eficacia y economía en la doctrina de los órganos de control externo”.

<sup>808</sup> GIMENO FELIU, José M<sup>º</sup>, *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Thomson Reuters, primera edición 2019, pág. 275.

*de cumplimiento «anti-corrupción» como exigencia legal.*”. Afirma el profesor, que es razonable que la Administración quiera contratar solamente con empresas o empresarios intachables, porque en realidad, se trata de preservar el correcto cumplimiento de los fines públicos intrínsecos a la colaboración.

CAVAS MARTÍNEZ<sup>809</sup>, después de optar por la inclusión obligatoria en los pliegos *condiciones administrativas*, que inciden en la calidad del empleo, la aplicación del convenio colectivo sectorial, el mantenimiento de las condiciones de trabajo durante la ejecución del contrato, la estabilidad en el empleo, la formación profesional en la empresa, el fomento de la salud laboral y la igualdad de mujeres y hombres, entre otros, apunta una reflexión necesaria, la de que todo debe ir acompañado de mecanismos de participación, seguimiento y control de la aplicación de cláusulas sociales y laborales en la contratación pública.

MORENO IBÁÑEZ<sup>810</sup>, recomienda incorporar a los pliegos la supervisión de las condiciones especiales de ejecución, haciendo constar como se documentará, con qué periodicidad, especialmente de aquellos extremos esenciales que permitirán al órgano de contratación conocer su realización efectiva, y al contratista saber cómo va a ser supervisado. El autor opta por un control de cumplimiento encargado a los servicios técnicos de la entidad contratante, sin perjuicio del *rol protagonista* del responsable del contrato.

Finalmente, GARCÍA MOLINERO<sup>811</sup>, apelando, como siempre, a la practicidad de la que hace gala, nos transmite que las labores de control, comprobación y supervisión de la ejecución de todo contrato público requieren de la verificación de cumplimiento de la obligación principal, los criterios de adjudicación, las condiciones especiales de ejecución, entre las que cita obligaciones sociales,

<sup>809</sup> CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. Cap. Noveno “Las cláusulas sociales sobre fomento, calidad y mantenimiento del empleo en la contratación pública”, del libro *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, directoras Belén GARCÍA ROMERO y María M. PARDO LÓPEZ, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017. Pág. 280.

<sup>810</sup> MORENO IBÁÑEZ, Iván, “Las condiciones especiales de ejecución en la Ley de Contratos del Sector Público”. Pág. 8.

<sup>811</sup> GARCÍA MOLINERO, Álvaro, véase la siguiente dirección de internet: <https://reflexionesdeuninterventor.wordpress.com/2019/11/25/sobre-el-control-de-la-fase-de-ejecucion-de-los-contratos-publicos-evasion-o-responsabilidad/>



medioambientales y laborales, los medios personales adscritos, la causa de resolución, en su caso, y las modificaciones de los contratos. Para todo ello, concluye, se debe asegurar una estructura interna, dotada de medios que permitan la ejecución de los contratos en los términos pactados. El autor, se muestra crítico con la pasividad de muchos de los órganos de contratación que, ante ejecuciones defectuosas, actúan como si nada hubiera pasado, y se pregunta *¿cómo repararemos la pérdida de calidad en los bienes, obras o servicios que finalmente recibimos, y que muchas veces pagamos como si se hubiera cumplido el contrato en todos sus términos?*. La respuesta se antoja fácil: se incumple la causa pública de todo contrato para la satisfacción de una necesidad pública y con ella la eficiente utilización de los fondos públicos, principio -no olvidemos- del que partimos para la justificación de esta fase de supervisión y control. Sencillamente, esta falta de comprobación o de laxa verificación, se traduce en un desperdicio de recursos públicos que origina pérdidas millonarias para las Administraciones, al tiempo que alimenta la continuidad de prácticas abusivas del lado del contratista.

Como digo en un trabajo anterior<sup>812</sup>, *“nuestra realidad dista mucho de tener un control real, operativo y eficiente de la ejecución de los contratos, de la materialización de su buen fin, de que la necesidad que se trata de atender sea efectiva tal y como se ha planteado y justificado en la preparación del contrato. Es cierto que, como dice la Junta Consultiva de Aragón en el dictamen citado más arriba, la figura del responsable del contrato “se erige en fundamental”, pues de ¿qué sirve recoger un importante abanico de cláusulas sociales y ambientales, contributivas de importantes políticas locales como la igualdad, el empleo de los más vulnerables, el respeto a las condiciones de trabajo declaradas, así como la conservación del medio ambiente para reducir los impactos que genera el consumo de bienes y servicios locales, si el cumplimiento de la prestación no es verificado materialmente por el órgano de contratación, ni se aplican en consecuencia las medidas correctoras que procedan. ¿Acaso no estamos publicitando una gran potencia de maquinaria y herramientas que como*

<sup>812</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales. ¿Potencia sin control?”, *Gabilex* Nº 7 Septiembre 2016, págs. 20 y ss.

*medio se le atribuyen a la contratación pública, sin el necesario control<sup>813</sup>?, ¿de qué sirven tan buenos propósitos, si no tenemos la capacidad de verificar su cumplimiento?. En mi opinión, de nada, lo que sucede es que esta parte importa menos [...]*”.

*“Para conseguir este objetivo es preciso establecer indicadores y medir, pues sólo lo que se mide es susceptible de mejorar, lo demás son meros folletos publicitarios. La siguiente cuestión que nos planteamos es ¿cómo medimos si no controlamos bien la ejecución de los contratos?, pues de ningún modo, y esto tiene consecuencias trágicas, pues no sólo afecta al contrato en ejecución y, en definitiva, a la eficiente utilización de los fondos destinados a las obras y servicios públicos, sino lo que es más importante, a la potencial mejora continua de la prestación, sobre la base de los datos obtenidos en una ejecución del contrato anterior. De ahí que, habitualmente, para la prestación de los servicios municipales unos contratos sucedan a otros sin apenas cambios, sin mejoras en su contenido regulador y de control, con resistencias de las Unidades proponentes a los cortos plazos de ejecución y, por ende, a la licitación continua, y a la inclusión de cláusulas sociales y ambientales que, normalmente, según sea la fase del procedimiento en la que se establezcan, acarrearán un importante esfuerzo de control directo, al menos por aquéllas.”*

## **2.1.El concepto de control en la doctrina del los TARC**

La mayoría de las Resoluciones de los TARC, se refieren a la figura del Responsable del Contrato, como posibilidad del Órgano de Contratación de designarlo para la supervisión de la ejecución de los contratos, facultándole para la adopción de decisiones y órdenes al contratista, a fin de asegurar que la prestación pactada sea la correcta. Tarea ésta que, según relata la Resolución del TARC, núm. 118/2018, de 9 de febrero, difícilmente podrá llevar a cabo con garantías *“sin una interpretación previa de aquéllos (los*

<sup>813</sup> LAGO NÚÑEZ, Guillermo, “La Ejecución de los contratos públicos”. Se plantea el autor unir causa y efecto, *“de forma que la preparación y adjudicación del contrato no estén separados de la ejecución del mismo, sino que constituyan un mismo procedimiento cuyo seguimiento y desarrollo se efectúe por la misma unidad de control”*.

*pliegos) y de la restante documentación contractual. No obstante, el director o responsable del contrato no es un órgano administrativo, y, por tanto, no adopta acuerdos, sino que estos se adoptarán por el órgano de contratación a propuesta de aquél y previa tramitación del procedimiento establecido.”*

En la Resolución del TARC de la Junta de Andalucía, núm. 165/2918, de 1 de junio, se examina la posibilidad establecida en la cláusula 7.2 del PPT, relativa a que el Responsable del Contrato pueda exigir la sustitución de los vigilantes de seguridad, cuando no desarrollen adecuadamente sus funciones, considerando el Tribunal que la competencia es conforme y queda dentro de las previstas en el Art. 52 del TRLCSP, para asegurar la correcta realización de la prestación, sin que se conculque el principio de libertad de empresa, constitucionalmente reconocido. En parecidos términos, la Resolución del TACRC, núm. 360/2019, de 11 de abril, nos habla de que el órgano de contratación, a propuesta del responsable del contrato, y atendiendo a las necesidades del servicio, puede requerir a quien resulte adjudicatario, para que sustituya los medios propuestos.

En otros casos, la figura del Responsable del contrato sirve para la realización de los informes de valoración de los criterios de adjudicación previstos en el PCAP, como es el caso del informe emitido por aquél, justificando la exclusión de la licitación de un recurrente, recogido en la Resolución del TACRC, núm. 1520/2019, de 26 de diciembre; o de cara a la recepción de bienes o equipos, tal es el caso del informe del responsable del contrato, señalando la interrelación entre el material del concurso y los aparatos de los que se solicita su cesión, en la Resolución del TACRC, núm. 237/2019, de 15 de marzo; o para informar al Órgano de Contratación sobre un recurso especial interpuesto ante el TARC correspondiente, como es el caso de la Resolución del TACP de la Comunidad de Madrid, núm. 294/2019, de 4 de julio, en la que el Responsable del Contrato, propone la apreciación del recurso por existir diferencias sustanciales entre el precio de licitación y el de mercado. De este mismo cometido, se hace eco la Resolución del TACRC, núm. 092/2012, de 18 de abril, en la que se da cuenta del informe del servicio técnico responsable

del contrato, sobre la falta de justificación de la baja presentada por uno de los licitadores, o la Resolución del TACP de la Comunidad de Madrid, núm. 241/2019, de 13 de junio, en la que se da cuenta del informe técnico de la Unidad responsable del contrato.

Poco aportan los TARC al esclarecimiento de una figura, como es el control de ejecución de los contratos, limitado a mostrar, por referencias a la previsión legal, el cometido del Responsable del Contrato, pero sin profundizar en metodologías, técnicas y funciones más allá de las descritas en la norma. Tampoco puede esperarse mucho más, de este análisis, de un lado porque no es una materia desarrollada ni en la legislación de contratos ni en los pliegos y, por tanto, tampoco susceptible de impugnación, y de otro, porque aunque lo estuviera, salvo por la posible intromisión de las funciones del Responsable del Contrato en las competencias propias del empresario para la organización y dirección de la empresa, tampoco se derivaría de ello una fuente importante de conflictividad.

### **3. Los órganos de control en la ejecución de los contratos, para garantizar la eficiencia y el cumplimiento legal de la contratación pública**

Sobre la base de lo expuesto en el apartado anterior, vista además la importancia que para el ejercicio de la función de control y supervisión de los contratos, tiene la figura del Responsable del Contrato, alrededor de la cual debe construirse una metodología (manual, protocolo, guía) para la eficiente supervisión de los contratos, analizamos ahora estos aspectos.

#### **3.1. El responsable del contrato y las funciones de supervisión y control de la ejecución de los contratos.**

El derecho interno se ocupa de esta cuestión en la LCSP 2017, art. 62, en el que se advierte que:

*“Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él.”*

La LCSP 2017, contiene algunas referencias más en los artículos: 194 (penalidades a propuesta del Responsable del Contrato), 195 (informe ante retrasos del contratista), 309 (medidas para la programación de anualidades), y 311 (instrucciones para la interpretación de los contratos de servicios).

Cierto que, como indica ESCRIHUELA MORALES<sup>814</sup>, *“en la exposición de motivos de la Ley de Contratos del Sector Público, (se refiere a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público) se señalaba que la figura del responsable del contrato pretende reforzar el control del cumplimiento del contrato y agilizar la solución de las incidencias que puedan presentarse”,* pero nada más. Se desconocen las herramientas organizativas, formales y materiales para llevar a cabo su función.

La Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, de la Comunidad Autónoma de Galicia, al referirse a los estándares de calidad de los pliegos, establece que junto a estos estándares se publicará también la identidad del Responsable del Contrato<sup>815</sup>. Entre sus funciones, prevé el art. 54, que *“velará por la correcta ejecución del contrato y por el cumplimiento del régimen jurídico del servicio y de los derechos de las personas usuarias. El responsable del contrato*

<sup>814</sup> ESCRIHUELA MORALES, Javier, *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministros y de servicios*, 4ª edición, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, Mayo de 2012.

<sup>815</sup> Con anterioridad, otra Ley de la Comunidad Gallega, la 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, se refiere en su artículo 30 a la obligación de designar un responsable del contrato, al que le encarga velar por que no se den situaciones de cesión ilegal de trabajadores o declaraciones de relaciones de laboralidad entre la Administración y el personal contratista, estableciendo al efecto el deber de corregir cualquier incidencia o desviación que pueda suponer infracción de las reglas que menciona, dando parte al órgano de contratación.

*deberá corregir inmediatamente cualquier incidencia o desviación en la ejecución que pueda suponer infracción de las reglas mencionadas, así como dar parte de la situación al órgano de contratación.”*

Merecen destacarse los órganos consultivos de Contratación por el esfuerzo en profundizar un poco más en la figura del Responsable del Contrato. Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (Recomendación 1/2013), relativa a la necesidad de aprobar en el ámbito del sector público unas instrucciones para la correcta ejecución de servicios externos, se refiere al contenido de los pliegos y de los documentos en los que se plasmen los encargos de ejecución, recomendando la designación de un responsable del contrato al que le corresponderán funciones típicas de la relación ordinaria con la empresa<sup>816</sup>, sin asumir funciones de dirección sobre el personal al servicio de aquélla. Lo mismo pretende el Gobierno de La Rioja, a través de su Comisión Delegada del Gobierno de Adquisiciones e Inversiones por la que se establecen medidas para la correcta ejecución de los servicios que vayan a ser objeto de contratación<sup>817</sup>, estableciendo la designación de un responsable al que corresponderán las funciones de supervisión, decisión e instrucción en la ejecución de la prestación, velando por las cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo de los trabajadores de la empresa contratada y por que la comunicación se produzca a través del representante de la misma.

Igualmente, la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía (Recomendación 1/2012), en relación con los trabajadores de las empresas en los contratos de servicios, ha elevado un poco más el nivel de concreción del entonces vigente TRLCSP y, en parecidos términos a la Recomendación de la Junta Consultiva de Aragón, entiende conveniente atribuir al responsable del contrato, propuestas de resolución de incidentes,

<sup>816</sup> En concreto, *“promover y convocar las reuniones que resulten necesarias al objeto de solucionar cualquier incidente en la ejecución del objeto del contrato. Establecer las directrices oportunas, pudiendo solicitar del adjudicatario en cualquier momento la información que precise sobre la ejecución del contrato y el cumplimiento de las obligaciones del contratista. Inspeccionar el proceso a realizar o la prestación del servicio.”*

<sup>817</sup> Instrucción de 21 de diciembre de 2012.

imposición de penalidades, prórroga, prerrogativas, así como asistir a los actos de recepción y suscribir actas, dirigir instrucciones e inspeccionar el proceso de realización del servicio.

También, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 38-2/11, distingue entre condiciones relacionadas con la empresa contratista, tales como la revisión del plan de trabajo, relación con otros servicios técnicos, SGA, detección y comunicación de incidencias y tareas extraordinarias no incluidas en el contrato, y condiciones no relacionadas directamente con aquélla, tales como el control de calidad de la ejecución del contrato, comunicación de mejoras ambientales y buenas prácticas al personal.

A continuación, ponemos el foco en las Instrucciones emanadas de los Ayuntamientos de Madrid<sup>818</sup> y Valladolid<sup>819</sup>, y de la Junta de Extremadura<sup>820</sup>, así como en alguna de las Guías comentadas en esta Memoria, con el ánimo de completar una visión holística de la importante función de seguimiento y control de los contratos.

La Instrucción de Madrid, se refiere al Responsable del Contrato en su apartado 19, atribuyéndole la facultad de supervisión de forma periódica, concretada en los PPT, según las características de cada contrato. La de Valladolid, quizás la más completa y pionera en este aspecto, se refiere en su artículo 60 al “Control de la ejecución de los aspectos sociales exigidos u ofertados”, introduciendo algunas novedades importantes, tales como: la posibilidad de que cualquier interesado pueda formular una denuncia sobre el

<sup>818</sup> AYUNTAMIENTO DE MADRID, Instrucción 1/2016. Véase [https://www.madrid.es/UnidadWeb/UGNormativas/Normativa/2016/ficheros/Instruccion1\\_2016.pdf](https://www.madrid.es/UnidadWeb/UGNormativas/Normativa/2016/ficheros/Instruccion1_2016.pdf)

<sup>819</sup> AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID, Instrucción 1/2018. Véase: <https://www.valladolid.es/es/ayuntamiento/normativa/instruccion-1-2018-impulsar-contratacion-socialmente-eficie>.

<sup>820</sup> CONSEJO DE GOBIERNO DE LA JUNTA DE EXTREMADURA, Acuerdo del Consejo, de 23 de febrero de 2016, por el que se aprueba la *Instrucción sobre incorporación de criterios sociales, medioambientales, de promoción de las PYMES y de impulso de la sostenibilidad en la contratación pública de la Junta de Extremadura y de las entidades que integran su sector público*.

incumplimiento del contratista, que será informada por el Responsable del Contrato; o la presentación por el contratista, junto con la factura final, de una declaración responsable de haber cumplido todas las obligaciones de carácter social, exigibles legal o contractualmente. La Instrucción regula, con cierto detalle, la figura del Responsable del Contrato, y así, su art. 23, le atribuye la redacción del proyecto y/o pliego de prescripciones técnicas, asignándole las funciones genéricas del art. 62 de la LCSP 2017, si bien llevándolas al campo de la supervisión de exigencias funcionales de calidad, plazo y precio, que extiende igualmente al Responsable en defensa del interés general, para los contratos de concesión, a la calidad de la prestación del servicio o de la obra y a los derechos de los usuarios. Finalmente, este completo instrumento de gestión de Valladolid, establece el control sobre el cumplimiento de obligaciones sociales y laborales, derivadas de los convenios colectivos aplicables, así como tributarias, relacionadas con la retención por IRPF. La Instrucción de Extremadura, parece que siguiendo el criterio del Ayuntamiento de Valladolid, designa un Responsable del Contrato, que supervisará su ejecución material y formal, y le atribuye, en su apartado 19, competencias ejecutivas para el caso de que los incumplimientos afecten a la seguridad de las personas o cuando la demora en la aplicación de medidas correctoras pueda implicar que devengan inútiles.

Respecto de las Guías referenciadas, nos ocupamos de aquéllas que ofrecen contenido sobre la acreditación de cumplimiento de compromisos ofertados en la proposición. En este sentido, citamos la *Guía Práctica para la aplicación de cláusulas sociales en los contratos públicos de la Diputación Foral de Guipúzkoa. Abril 2015*, que destaca por extender las competencias propias del órgano de control, Unidad y Responsable del Contrato, al resto de la Organización interviniente, entendiendo que se trata de una función transversal. La persona responsable, podrá recabar la documentación señalada en el contrato o cualquier otra que considere de interés para el ejercicio de sus facultades. También la *Guía Cláusulas Sociales, dossier para*



*la contratación pública sostenible*<sup>821</sup>, cuyo Capítulo 4, relativo a la incorporación de criterios sociales en el proceso de contratación pública, concretamente en la fase de ejecución, habilita al órgano de contratación para realizar un seguimiento y control de la gestión del contrato, mediante la comprobación de su cumplimiento, así como de una “*evaluación final en las condiciones expresamente establecidas en el contrato entre el organismo de contratación y el ente adjudicatario.*”. Por su parte, la *Guía Práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública*<sup>822</sup>, tan solo hace una breve referencia, en su apartado 6, Competencias, al seguimiento y verificación de las condiciones especiales de ejecución de carácter social y de los compromisos adquiridos por el adjudicatario.

Como si de una Guía se tratara, el *Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable*<sup>823</sup>, prevé en su apartado undécimo que los órganos de contratación deberán establecer mecanismos adecuados para un seguimiento pormenorizado de la ejecución de los contratos, adjudicados a una empresa que hubiera estado incurso en presunción de anormalidad.

Pobre regulación de este factor estratégico de la contratación, en normas técnicas de desarrollo que deberían haber aprovechado el espacio que a este fin dejan instrumentos normativos superiores. Lo que sirve, de un modo agregado, para ahondar en la conclusión que se viene anticipando, de falta de diseño de la función de control.

En el *ámbito latinoamericano* puede destacarse el *Manual de Supervisión de contratos de la Contraloría de Bogotá D.C. Por un control fiscal efectivo y transparente*, en su responsabilidad de control y vigilancia de la ejecución de los contratos, con miras según declara “*a garantizar el cumplimiento de los fines para el cumplimiento de las funciones, metas y objetivos institucionales.*”.

<sup>821</sup> FUNDACIÓN PARA LA ATENCIÓN E INCORPORACIÓN SOCIAL. *Cláusulas sociales. Dossier para la contratación pública sostenible*. Junta de Andalucía. Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, con la cofinanciación del Fondo Social Europeo, 2011.

<sup>822</sup> LESMES ZABALEGUI, Santiago, *Guía Práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública*.

<sup>823</sup> Orden Ministerial PCI/566/2019, de 21 de mayo.

En el Manual se establecen unas orientaciones generales para la obtención de los mejores resultados en el cumplimiento de los contratos, se define el perfil del Supervisor, los objetivos de su función de control, eminentemente preventivo, aunque también correctivo o de verificación. Todo ello con un sentido armonizador de intereses entre contratante y contratista para “*el logro del objetivo general del contrato, que satisfaga las necesidades de la comunidad*”. El Manual distribuye las funciones de supervisión entre aspectos administrativos, entre los que destaca la prestación de apoyo al contratista, orientándolo sobre la mejor manera de cumplir sus obligaciones; aspectos técnicos, entre los que se significa un listado de requisitos mínimos para el recibo a satisfacción de los bienes, obras y servicios; aspecto económico, en el que se verifica una adecuada programación financiera del contrato; y un aspecto legal, dentro del cual se exige periódicamente la acreditación de los pagos a seguridad social y parafiscal durante la ejecución del contrato y antes de su liquidación. Finalmente, se establece un procedimiento en el que se concretan las distintas etapas de la supervisión, las actividades realizadas, su responsable y los registros obtenidos.

Por su parte, el Tribunal de Cuentas Europeo, en el documento *Condiciones Generales de los Contratos de suministros, servicios y obras del Tribunal de Cuentas Europeo-Junio 2016*<sup>824</sup>, artículo 20, se refiere a que, junto con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), podrán realizar controles o pedir que se lleve a cabo una auditoría de la ejecución del contrato, iniciarse durante la ejecución del contrato y extenderse por un período de cinco años a partir de la fecha de pago del saldo. Cuando proceda, las conclusiones podrán dar lugar a la recuperación de fondos por el Tribunal de Cuentas.

Pues bien, del análisis efectuado, puede extraerse la conclusión que anticipábamos, con carácter general, como hipótesis de trabajo. Y es, que se desconocen en nuestro derecho interno las herramientas organizativas, formales y materiales con las que deberían contar los Responsables del

<sup>824</sup> Véase la siguiente dirección de Internet:  
[https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/GENERAL\\_CONDITIONS\\_2016/GENERAL\\_CONDITIONS\\_2016\\_ES.pdf](https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/GENERAL_CONDITIONS_2016/GENERAL_CONDITIONS_2016_ES.pdf)

Contrato para llevar a cabo la función de control y supervisión de su ejecución, más allá de las que cada Órgano de Contratación les atribuya, con mayor o menor acierto<sup>825</sup>. Menos aún se sabe de la imbricación entre la Unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato y el Responsable de éste, si hacemos salvedad del desarrollo llevado a cabo por el Ayuntamiento de Valladolid<sup>826</sup>. Fuera del tratamiento indirecto a la figura del Responsable por los TARC y el esfuerzo de los Órganos Consultivos por acotarla, carecemos de herramientas y metodología al estilo de la citada Contraloría de Bogotá, como veremos en el apartado siguiente.

Las causas pueden ser varias, y entre ellas la ausencia de personal especializado, la acumulación de tareas concurrentes en los responsables del contrato, pereza o despreocupación de estos en la supervisión de aspectos novedosos como la inclusión de cláusulas sociales (igualdad, empleo de discapacitados y vulnerables) y ambientales (impacto en el medio ambiente de los consumos públicos), interferencias mutuas político-técnicas, carencias metodológicas, inexistencia de intercambio de buenas prácticas, etc.; causas que propician desperdicios de recursos públicos por ineficiencias en el control y supervisión de la ejecución de los contratos<sup>827</sup>.

<sup>825</sup> La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Govern de les Illes Balears, en su informe 1/08, de 4 de marzo, concluye: *“En los contratos distintos al de obras la normativa en materia de contratación no exige que el director del contrato tenga obligatoriamente una titulación o cualificación técnica específica de acuerdo con la naturaleza del contrato; no obstante, el órgano de contratación, en el ejercicio de su potestad administrativa y atendiendo al objeto del contrato, puede establecer en los pliegos que el director del contrato tenga una titulación específica o una cualificación técnica concreta.”*

<sup>826</sup> AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID, Instrucción 1/2018. Su art. 23, dibuja una Unidad responsable de la tramitación de cada contrato, que asume las funciones de unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria de los contratos. El apartado 5. Recoge el particular entre la misma y el Responsable del Contrato o Director Facultativo *“Esta unidad realizará Las funciones de apoyo jurídico y administrativo al responsable del contrato, o director facultativo, en la tramitación de cualquier expediente derivado de la actuación de estos en el control de la ejecución material del contrato. Podrá también realizar puntuales comprobaciones materiales para verificar el cumplimiento correcto de cualquier obligación contractual, especialmente el cumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, entre las que están las condiciones especiales de ejecución de tipo social, medioambiental y de innovación.”*

<sup>827</sup> La Intervención General de la Administración del Estado, en su informe relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública, conforme al art. 332.11 de la LCSP 2017, al fijar las principales conclusiones en Ministerios, y sobre la dotación de medios, dice: *“los principales problemas encontrados consisten en la ausencia de personal dedicado en exclusiva al ámbito de la contratación, la falta de especialización, insuficiente formación y conocimientos del personal en materia de contratación, la existencia de relaciones de puestos de trabajo desactualizadas, así como la falta de cobertura de los puestos existentes. Tan solo se*

La integración de las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública supone, a priori, un importante beneficio social, un potente inductor, como venimos manteniendo, para la consecución de políticas activas, competencia directa o indirecta de las Administraciones contratantes; pero que puede verse minimizado, incluso anulado, si en la fase de ejecución de los contratos, no se dispone de una solvente y dedicada estructura de supervisión, con una misión clara, con atribuciones concretas y efectos precisos. Una vez más volvemos a la cuestión planteada en este Capítulo: Mucha “potencia sin control”, nos lleva en un pequeño lapso de tiempo a pasar del “folleto publicitario” al olvido, y con él a la pérdida de la oportunidad de influir en el comportamiento de las empresas para conseguir mercados más proclives a las políticas sociales y ambientales.

*"Disponer de cláusulas contractuales medioambientales sólo es eficaz si el cumplimiento de dichas cláusulas es objeto de una supervisión adecuada",* reza en el apartado 6.4 “Supervisión del cumplimiento del contrato”, del *Manual sobre la contratación pública ecológica*, Documento indicativo de los servicios de la Comisión Europea de 2016, que ofrece la aplicación de diferentes métodos de supervisión tales como las pruebas de cumplimiento y comprobaciones sobre el terreno, recomendando la inclusión de sanciones en el contrato para el caso de incumplimiento, e incluso de bonificaciones por buen rendimiento.

Volvemos a insistir en que el Responsable del contrato, la Unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato, el Director Facultativo de las obras, y la persona que actúe en defensa del interés general en las concesiones de obras y de servicios, asumen un papel relevante en la ejecución de los contratos públicos, amén de otras intervenciones recogidas en las Resoluciones de los TARC, como informantes de las fases previas de preparación y adjudicación del contrato. Su actuación, está directamente

*ha podido comprobar la existencia de una RPT actualizada y cubierta en dos de los Ministerios que forman parte del alcance.”*

relacionada con la obtención de la máxima eficiencia de los fondos públicos invertidos en la ejecución del contrato, velando por el mantenimiento de la ecuación prestación del servicio y contraprestación o pago del precio.

#### **4. Algunas evidencias sobre la falta de cometidos funcionales claros y de su repercusión sobre la eficiencia de los contratos.**

Sin perjuicio de que más adelante, en el Capítulo XII, llevemos a cabo, el necesario contraste entre el *ser* y el *deber ser*, que hemos adelantado en la configuración general de esta obra, analizando diversos pliegos de convocatorias recientes, tratando de averiguar si, en ausencia de normativa de desarrollo, los correspondientes órganos de contratación atribuyen cometidos claros de supervisión a los responsables del contrato, especialmente en la vigilancia del cumplimiento de cláusulas sociales y ambientales; en este apartado nos aproximamos a otro tipo de evidencias que extraemos de las Recomendaciones de la Comisión Europea y de la función fiscalizadora que ejercen los Órganos de Control Externo, especialmente del Tribunal de Cuentas del Estado, que nos aleja de las naturales apreciaciones complacientes que podrían derivarse de un sistema de encuestación a los Órganos de Contratación.

##### **4.1.La Recomendación de la Comisión Europea para reducir el déficit excesivo**

La Comisión Europea<sup>828</sup>, en la recomendación que hace a España para reducir el déficit excesivo, pone de manifiesto que la falta de un órgano independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento legal en la contratación pública en todo el país dificulta la correcta aplicación de las normas de contratación y puede tener impacto negativo en la situación de sus finanzas públicas. Consecuente con ello, decide entre otras medidas de su

<sup>828</sup> COMISIÓN EUROPEA, Brussels, 27.7.2016, Recomendación (14): "The absence of an independent body in charge of ensuring efficiency and legal compliance in public procurement throughout the country hampers the proper implementation of procurement rules and may create opportunities for wrongdoings, both of which have negative impacts on the situation of Spain's public finances.

artículo 1, que España debe crear un marco coherente para garantizar la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública a través de todos los poderes y entidades, con el fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Este marco incluirá los mecanismos de control ex ante y ex post necesarios para garantizar la eficiencia y el cumplimiento legal de la contratación pública.

En la misma línea la Recomendación del Consejo, relativa al Programa Nacional de Reformas 2018 de España<sup>829</sup>, pide a España que adopte medidas para mejorar su marco de contratación pública, fruto de las cuales es la aprobación de la LCSP 2017. Sin embargo, contempla el Considerando núm. 7, *“la nueva legislación solo podrá mejorar la eficiencia y la transparencia de la contratación pública si se aplica de forma rápida y ambiciosa mediante el establecimiento de la nueva estructura de gobernanza y la mejora de los mecanismos de control de los procedimientos de contratación pública (el subrayado es nuestro) en todos los niveles de gobierno. En particular, la futura estrategia nacional de contratación pública deberá especificar los controles previos y posteriores que deberán realizar las nuevas estructuras.”*

#### **4.2.El control y supervisión de la ejecución de los contratos en los informes de los órganos de control externo.**

Nos referimos en primer lugar al Tribunal de Cuentas del Estado, su reciente informe Núm. 1.331<sup>830</sup>, de 25 de julio de 2019, constata la falta de remisión de los documentos sobre la finalización de la ejecución de algunos expedientes de contratación, así como de alguna modificación que excede del límite legalmente previsto. Aunque para nosotros, resulta más ilustrativo el Núm.

<sup>829</sup> COM (2018) 408/3, Recomendación del Consejo. Recomendación relativa al Programa Nacional de Reformas de 2018 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2018 de España.

<sup>830</sup> Tribunal de Cuentas, “Informe de fiscalización de la contratación realizada por los Ministerios del Área Político-Administrativa del Estado y sus Organismos dependientes durante el ejercicio 2016”

1.123<sup>831</sup>, cuyo apartado IV “Conclusiones”, en su punto 4., recoge la siguiente afirmación: *“En numerosos expedientes no consta la documentación acreditativa de la realización total del contrato a satisfacción de la Administración”*. Y, seguidamente, en su Recomendación 2. dice: *“Sería recomendable llevar a cabo un mayor seguimiento de la ejecución de los contratos y del cumplimiento de los plazos, haciendo efectivas las garantías en caso de incumplimiento y, en su caso, la imposición de penalidades.”*. O incluso, el Núm. 1.066<sup>832</sup>, en el que el Tribunal constata retrasos en la ejecución del contrato, expresando: *“en determinados supuestos en los que se detectó incumplimiento por parte del contratista, no constaba que la Entidad contratante hubiera procedido a la resolución del contrato o a la efectiva exigencia de las penalidades correspondientes.”*, y acaba recomendando *“llevar a cabo un mayor seguimiento de la ejecución de los contratos y del cumplimiento de los plazos, haciendo efectivas las garantías en caso de incumplimiento y, en su caso, la imposición de penalidades.”*

De mayor interés para nuestro trabajo es el Informe Núm. 1.320<sup>833</sup>, de 28 de marzo de 2019, en el que el Tribunal recomienda se controle su correcta ejecución *“a cuyo fin se inviste a la Administración de un conjunto de potestades justificadas en el servicio objetivo al interés general. Entre dichas deficiencias destacan la falta de establecimiento de un sistema de control, su no realización o su sustitución por un simple visto bueno, la ausencia de nombramiento del responsable del contrato, la falta de una adecuada supervisión o la presentación de certificaciones, facturas o documentos de ejecución que no incluyen todos los aspectos o informes requeridos.”*

<sup>831</sup> Tribunal de Cuentas, “Informe de fiscalización de la contratación realizada por los Ministerios del Área Político-Administrativa del Estado y sus Organismos dependientes durante el ejercicio 2013”

<sup>832</sup> Tribunal de Cuentas, “Fiscalización relativa a la contratación del Sector Público Estatal, celebrada durante el ejercicio 2012”

<sup>833</sup> Tribunal de Cuentas, informe de fiscalización de la contratación de las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas sin Órgano de Control Externo propio, ejercicios 2016 y 2017.

En el ámbito de la Administración Local, merece destacarse el Informe Núm. 1.178<sup>834</sup>, de 26 de junio de 2017, en cuyas conclusiones el Tribunal mantiene no haberse ejercido los correspondientes controles para asegurar el debido cumplimiento de los contratos. En similares términos el informe Núm. 1.062, sobre fiscalización de la contratación de las Entidades Locales de la Comunidad Autónoma de La Rioja, durante el ejercicio de 2012, en el que el Tribunal recomienda: *“debería requerirse por las entidades locales una mayor diligencia en la vigilancia y control de la ejecución de los contratos, para que estos se cumplan con las condiciones y en los plazos establecidos, y detectarse y resolverse con celeridad e inmediatez las incidencias producidas durante la ejecución, tramitándose, con rigor y celeridad, los expedientes de imposición de penalidades y la reclamación de daños y perjuicios a los contratistas por demoras o por cualquier otro incumplimiento contractual que les fuese imputable.”*

De este último ejercicio, el Tribunal, en su Informe 982, sobre fiscalización del Fondo Estatal de Inversión Local, creado por R.D.Ley 9/2008, de 28 de noviembre, y destinado a promover la realización por parte de los Ayuntamientos de inversiones creadoras de empleo, para favorecer el mantenimiento y creación de puestos de trabajo; detecta desviaciones a la baja entre el número de puestos de trabajo comprometidos en la adjudicación de los contratos y su ejecución real, así como la contratación de un elevado número de trabajadores por períodos de tiempo muy cortos. En consecuencia, acaba recomendando al Ministerio de Administraciones Públicas que, en la instrumentación de nuevos fondos de similares características, “se fijen objetivos cuantificables e indicadores de seguimiento previamente definidos y claramente identificados que permitan valorar los resultados tras la realización de los informes de seguimiento y controles financieros de la IGAE y el órgano gestor.”

<sup>834</sup>Tribunal de Cuentas, informe de fiscalización de la contratación de las Entidades Locales de las Comunidades Autónomas sin Órgano de Control Externo propio, período 2013-2014.



También los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas se han referido al control de ejecución de los contratos, incluso a la figura del Responsable. Así, el Informe de fiscalización de la actividad contractual de la Administración y del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>835</sup>. Comenta el Tribunal en sus conclusiones que la figura del “responsable del contrato”, está muy poco utilizada, y dice: *“proporciona una mejor asignación, control, uso y finalidad de lo adquirido de manera que se pueda comprobar la plena satisfacción de las necesidades y reportar al órgano de contratación criterios para mejorar en futuras contrataciones”*. Acaba recomendando un riguroso seguimiento de la ejecución del contrato, y en concreto, de las mejoras ofertadas, puntuadas y valoradas en el procedimiento.

Dentro de este grupo, la Cámara de Comptos de Navarra, en su informe de abril de 2018, acerca de la Contratación Administrativa en Ayuntamientos con población superior a 9.000 habitantes, ejercicios de 2016 y 2017, establece como recomendación la de *“Comprobar el cumplimiento de los requerimientos de carácter social en fase de ejecución y resolver o penalizar en caso de incumplimiento.”*. La misma Cámara, en su informe de junio de 2016, sobre Contratación y gestión de la informática en la Administración Foral (2011-2015), recomienda *“Asegurar el mantenimiento del control de las actuaciones derivadas de los contratos y encargos de la informática, dada su relevancia para la gestión diaria de la actividad de la Administración Foral, analizando para ello la adecuación de la plantilla de personal informático dedicado a estas tareas.”*

El Consello de Contas de Galicia, en su Informe de fiscalización sobre *“A contratación dos servicios de limpeza no ámbito hospitalario do sergas, exercicio 2015”*, recomienda la adopción de medidas para garantizar el control de la prestación del servicio de limpieza, verificando que se cumplen los compromisos estipulados con el adjudicatario.

<sup>835</sup> Informe de fiscalización de la actividad contractual de la Administración y del resto de Entidades del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Aragón, incluídas en el ámbito subjetivo de la ley 30/2007, de 30 de octubre, ejercicio 2011.

Finalmente, la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, en su Informe definitivo sobre la contratación de la Dirección General de Carreteras, del ejercicio 2007, consigna entre sus recomendaciones, la siguiente: *“resulta aconsejable una mayor coordinación de todos los servicios administrativos intervinientes en la ejecución de los contratos, a fin de evitar [...] suspensiones totales o parciales, desvíos en los plazos de ejecución o costes inherentes a las revisiones de precios”*

Son solo algunas muestras en las que se pone de manifiesto la importancia de la función de control, supervisión y seguimiento de los contratos, no meramente formal, como puede ser la constatación documental de compromisos, sino de cumplimiento material, esto es, la comprobación de evidencias fácticas, sobre el terreno, de que las prestaciones se ajustan fidedignamente a las estipulaciones contractuales, tanto las previstas en los pliegos, como las derivadas de la oferta presentada. Este es el verdadero valor del proceso de verificación de cumplimiento, y el que concilia la satisfacción de una necesidad, previamente detectada, con la eficiente utilización de los fondos públicos de la que nos habla el artículo primero de la LCSP 2017.

Aunque no exactamente como un órgano de control externo, citamos a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON)<sup>836</sup>. Este Órgano, en su Informe anual de supervisión de la Contratación Pública de España (Diciembre 2019), apartado 16. “Ofertas anormalmente bajas”, afirma que la información publicada en datos abiertos sobre las ofertas incursas en supuesta anormalidad es muy escasa, y establece una relación entre este extremo y la consistencia y viabilidad de la

<sup>836</sup> La LCSP 2017, en su art. 332, crea la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, como órgano que tiene por finalidad la de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública. Está previsto que la Oficina elabore un informe de supervisión que comprenderá “a) Una relación de los principales incumplimientos detectados por los órganos, instituciones y poderes con competencia supervisora o jurisdiccional en materia de contratación pública, b) Información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta de la legislación de contratación pública o de inseguridad jurídica, c) Información sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación, así como sobre los problemas de colusión detectados.”

oferta, de cara al seguimiento del expediente en su fase de ejecución. Mantiene, que resultaría recomendable obtener en datos abiertos la información de si el adjudicatario estuvo en presunción de anormalidad, y ello por cuanto en el caso de una modificación contractual, relativa a un contrato cuyo adjudicatario estuvo en presunción de temeridad, podría analizarse la relación entre la justificación y aceptación de la oferta, y aquella modificación.

La Oficina, hace varias referencias a la ejecución del contrato, una de ellas corresponde a la Plataforma de Contratación del Sector Público, sobre la que dice que *“a pesar del innegable valor y evolución de la PLACSP como base de datos de contratación, hay una fase que prácticamente no tiene reflejo: la ejecución del contrato.”*. La ejecución del contrato -continúa- *“es una de las fases de la contratación en la que tradicionalmente ha existido menos acento en estudio, seguimiento y control, sin perjuicio del control económico presupuestario ejercido por las intervenciones y órganos responsables que conlleva la ejecución del presupuesto.”*. Pero que el profesor Antonio FANLO LORAS<sup>837</sup>, limita al control de legalidad de los actos de gestión económica, sin atender a cuestiones de oportunidad o conveniencia de las actuaciones fiscalizadas (art. 8.2 RD 424/2017).

Esta última afirmación de la Oficina resume en pocas palabras la hipótesis que tratamos de demostrar, y es que además del control interno, muy formal, ejercido por las Intervenciones generales o delegadas, se sitúa una supervisión menos reglada, y también menos practicada como se traduce de los informes a los que vamos haciendo referencia, aunque necesaria para velar por la eficiente utilización de los fondos públicos, donde la oportunidad de incluir la perspectiva social y medioambiental en los contratos, solo se predica respecto del tipo de característica y fase del procedimiento en la que se integrará, siendo obligatoria, como sabemos, al menos una condición de ejecución, de tipo ambiental, social, o relacionadas con la innovación.

<sup>837</sup> FANLO LORAS, Antonio, *Fundamentos Constitucionales de la Autonomía Local*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990, pág. 537.

Formula la Oficina, en el informe que seguimos, el deseo de incorporar a la PLACSP los hitos propios de la ejecución del contrato, tales como las prórrogas contractuales, los acuerdos de liquidación y resolución del contrato y las fechas reales de inicio y fin de contrato, el acta de recepción, las penalidades, las condiciones de ejecución y las incidencias en la ejecución. En este sentido, no podemos obviar que los datos contribuyen a fortalecer la transparencia, también en fase de ejecución del contrato, y con ella a una mayor salvaguarda de los intereses públicos, pero también que el acento en la transmisión de esta información se pone en la idea de confeccionar una única base de datos de contratación a efectos de envíos y publicaciones a los que la LCSP 2017 obliga. Lo cual dista mucho de la practicidad que nosotros queremos imprimir a la relación entre supervisión y eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente, el informe se hace eco de numerosos incumplimientos de la obligación de establecimiento de condiciones especiales de ejecución, tanto sociales como medioambientales, pero ninguna evidencia acerca del cumplimiento/incumplimiento real de aquellas que sí fueron establecidas en los pliegos. Insistimos en que una cosa son los reparos por incumplimientos formales de deberes previstos en las normas y otra cosa muy distinta la verificación material, incluso in situ, de los compromisos de perspectiva social o medioambiental previstos en el contrato.

GARCÍA MOLINERO, aunque se refiere a los órganos encargados de llevar a cabo el control interno, concretamente al órgano Interventor, y al ejercicio de potestades públicas que les confiere el ordenamiento jurídico, hace una reflexión interesante, reclamando la necesidad de acometer actuaciones que trasciendan la mera comprobación de un acta de recepción y de su factura, verificando los procesos internos, los sucesos habidos, y las actuaciones de los agentes que intervienen en la fase de ejecución, emitiendo una opinión, junto con las posibles recomendaciones, respecto de la gestión realizada. Siendo ésta una fórmula de cumplimiento formal, que se asocia bien con la modalidad de cumplimiento fáctico-material que reivindicamos para el Responsable del Contrato y la Unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato. Lo dicho por GARCÍA MOLINERO, y en parecidos

términos por OCHENIUS ROBINSON<sup>838</sup>, es para nosotros una muestra más de las dificultades que encuentra la función de control en su manifestación práctica, propiciando “agujeros” en la eficiente utilización de los fondos públicos, que se traducen en pérdidas de inversión pública y ganancias patrimoniales privadas.

Fuera de nuestras fronteras, citamos como ejemplo algunos informes de las Contralorías americanas, tales como el Informe General de la Contraloría General del Estado de *Ecuador*, en el que con ocasión del examen especial a la planificación y procesos de contratación, ejecución, recepción de obras y adquisiciones de bienes muebles a nivel nacional, en el ejercicio de 2010, se concluye que *"la Dirección Administrativa y servicios ejecuta las fases de los diferentes procesos de contratación asignando funciones al personal que se encuentra disponible en el Departamento Administrativo, sin aplicar sistemas de seguimiento con el propósito de vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales que rigen la materia."*, y recomienda la capacitación del personal en los diferentes procedimientos de contratación y la creación de una base de datos para que el personal encargado de la ejecución de los contratos pueda efectuar el seguimiento y toma de decisiones. Igualmente, el Informe de visita de control de la Contraloría General de la República del *Perú*, Regional de Pucallpa, 2016, recogiendo la identificación de hechos que han generado riesgos, tales como: entregas fuera de plazo, incidencias en la recepción, almacenamiento de los productos en instalaciones inadecuadas, o falta de correspondencia entre los certificados de calidad del producto y el entregado por el proveedor, que pueden afectar al desarrollo de la ejecución del Programa; concluye recomendando la puesta en conocimiento del Titular de la Entidad contratante de los riesgos identificados *"con la finalidad de que*

<sup>838</sup> OCHENIUS ROBINSON, Iván, ASOCEX ... Comenta el autor que, *"tanto el control interno como externo, y su medición legal y presupuestaria-financiera, decantan mayormente en una inspección de carácter mecánica -aunque necesaria-, proveniente de la historia tradicional del servicio público. Las demandas, necesidades y nuevas realidades necesitan otras mediciones suplementarias, donde la eficiencia y eficacia pasen a ser objetivos elementales a alcanzar, y transversalmente aumenten la transparencia de todo el proceso."*

*implemente las medidas preventivas pertinentes, que mitiguen o superen los riesgos comentados".*

A la vista de este análisis, que concluimos citando la finalidad que lo orientaba, esto es, la búsqueda de evidencias que, de algún modo, viniesen a corroborar la hipótesis de falta de control y de cometidos claros hacia el Responsable del Contrato por parte de los Órganos de Contratación, máxime si nos referimos al cumplimiento de cláusulas sociales y ambientales; resulta obligado confirmar lo que era mera hipótesis, y es que en la práctica, existe una mejorable supervisión de la ejecución de los contratos públicos. Faltan, como decíamos, herramientas organizativas, formales y materiales para llevar a cabo esta función.

Como ya se ha visto, la competencia para la designación de un responsable del contrato, así como las facultades que se le atribuyan, es del órgano de contratación, siendo que éste no está limitado por titulaciones o cualificaciones técnicas específicas, que dependerán del objeto del contrato, sin perjuicio de las funciones legalmente reservadas al director de la obra en este contrato típico<sup>839</sup>.

Son los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares los que contendrán las declaraciones precisas sobre el modo de ejercer esta potestad administrativa atribuida al órgano de contratación, permitiendo como se indica en el informe anotado, "diversas soluciones de ejercicio, ya sea directamente por el órgano de contratación, ya sea designando un director del contrato, funcionario o no, o incluso designando una persona ajena a la Administración", atendiendo a las circunstancias de cada expediente.

Sabemos igualmente que, sobre la base de estas estructuras organizativas comunes a la mayoría de las organizaciones, el control de la ejecución de los contratos necesita mejorarse para, al menos, mitigar las causas que conducen

<sup>839</sup> Así lo contemplan las conclusiones del Informe 1/2008, de 4 de marzo de 2008, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares.

a una incompleta supervisión, tales como falta de conocimientos específicos, concurrencia de tareas que inciden en la dedicación de los responsables del contrato, *pereza a salir de la zona de confort* para contribuir al logro de otras políticas sociales y ambientales; actitudes todas ellas en exceso tolerantes, flexibles o complacientes con las necesidades del contratista, e incompatibles con la defensa del interés público, que OCHENIUS<sup>840</sup> califica de “falta de capacidad administrativa”, para controlar y mejorar los sistemas de compras.

En definitiva, partimos de una mejorable supervisión de los contratos, tenemos el objetivo: conseguir una eficiente utilización de los recursos dedicados a la contratación, sabemos que se necesitan soluciones en diversos ámbitos como el de la formación, el eficaz desempeño de las tareas, incrementando el tiempo dedicado a control, la interiorización de la contratación pública como herramienta al servicio de fines superiores que buscan una mejor calidad de vida para los ciudadanos, y la utilización de controles objetivos, basados en datos para la toma de decisiones; actuando como si lo que se construye, se sirve o se compra fuera nuestro propio patrimonio, ya que, en realidad, lo es de todos<sup>841</sup>.

Sin embargo, todo este conjunto de acciones y de buenas prácticas, no son suficientes. Se precisan reformas en la función de supervisión que afectan a la propia estructura organizativa de las Administraciones Públicas, y que nos conducen a repensar el mayoritario modelo existente de órgano unipersonal

<sup>840</sup> OCHENIUS ROBINSON, Iván, ASOCEX... En hipótesis, dice el autor, esto podría atribuirse, *“a los intereses económicos que se mantiene sobre esta función abastecedora por parte de las autoridades políticas; por la carencia de visiones multidisciplinares en la materia; o también por la escasez de datos e información oportuna en esta materia. No obstante, sea cual sea el motivo, los hechos acreditan una gestión deficiente de los recursos públicos, y un uso de éstos alejado de los intereses públicos que aumentan los casos de corrupción.”*. Véase la siguiente dirección de internet: <http://asocex.es/la-contratacion-publica-y-su-apremiante-control-porque-medir-nuestras-adquisiciones-y-que-nos-obliga-a-hacerlo>

<sup>841</sup> GARCÍA MOLINERO, Álvaro, <https://reflexionesdeuninterventor.wordpress.com/2019/11/25/sobre-el-control-de-la-fase-de-ejecucion-de-los-contratos-publicos-evasion-o-responsabilidad/>  
Afirma el autor que *“debemos ser conscientes de la importancia de esta fase tratando de asegurar, mediante los instrumentos necesarios para ello, el adecuado cumplimiento de los contratos. Centrar todos los esfuerzos en las fases previas, de preparación y adjudicación de los contratos, y no en la de ejecución, provocará que seamos incapaces de detectar los posibles incumplimientos contractuales, impidiendo poder adoptar las medidas necesarias para prevenir o actuar convenientemente ante las irregularidades e incumplimientos puestos de manifiesto.”*

con colaboradores dependientes y ubicados en las propias dependencias demandantes o promotoras del contrato, sobre cuya operatividad nos hemos pronunciado en esta Memoria. Nos preguntamos, referido exclusivamente a los estrictos límites competenciales de los órganos de contratación, por qué no crear en el ámbito funcional de los Departamentos, Unidades o Direcciones de gestión de la contratación pública de nuestras Administraciones, un nuevo órgano, de carácter transversal, capaz de complementar las atribuciones de control y supervisión de los Responsables de Contrato. Cuestión ésta a la que nos referiremos en el Capítulo XIII.



## **PARTE CUARTA. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA.**

## **CAPÍTULO XII. Estado del arte en las tres Administraciones territoriales.**

Tras el análisis realizado en los anteriores Capítulos, sobre las posibilidades de inclusión de una perspectiva social y medioambiental en los procedimientos de contratación pública, así como la consistencia de la misma a la vista de las regulaciones vigentes, la doctrina especializada y la jurisprudencia europea e interna; nos ocupamos en éste de evidenciar si, realmente, la actividad contractual que llevan a cabo los órganos de contratación se interesa, integra, ejecuta y controla debidamente esta perspectiva que hemos denominado estratégica, no por su carácter de pugna competitiva entre órganos, sino por ir más allá de la mera visión economicista, situándose en un plano superior, contributivo de políticas activas de carácter social y medioambiental.

Así pues precisamos “pulsar” la interiorización en las Organizaciones del valor estratégico que, decididamente revelan el cuarto paquete de Directivas de 2014, a las que hemos hecho tantas veces referencia.

### **1. Valoración jurídica de la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales y de innovación. Su control.**

El estudio elaborado parte de una revisión del “estado del arte” en las tres Administraciones territoriales, mediante el análisis de sus pliegos de condiciones, verificando la corrección jurídica de la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales y de innovación en las diferentes fases del proceso (preparación, selección y adjudicación, y ejecución), así como de la existencia y funciones de órganos de supervisión y control de la ejecución de los contratos, especialmente de las estrategias de apoyo a las políticas de responsabilidad social.

La revisión se ha llevado a cabo sobre la Plataforma de Licitación del Sector Público y, en su caso, de algunas plataformas autonómicas como las correspondientes de la Generalitat de Cataluña y del País Vasco, tomando una muestra de 100 Pliegos de Cláusulas administrativas particulares, que obedecen a los siguientes criterios de selección:

- Licitaciones que corresponden a convocatorias realizadas, mayoritariamente, en los dos últimos años.
- Contratos de Obra y Concesión de obra pública: Aquéllas con presupuesto de ejecución por contrata superiores a 1.000.000,00 euros (\*).
- Contratos de Servicios y Suministros: Los de valor estimado superior a 221.000,00 euros (\*).
- Contratos de Concesión de Servicio: Los de valor estimado superior a 1.000.000,00 euros (\*).
- Distribución territorial: El 20 por ciento de los contratos a revisar corresponden a la Administración General del Estado, el 20 por ciento a Comunidades Autónomas, otro 20 por ciento a ciudades de más 100.000 habitantes, un 20 por ciento adicional a ciudades de más de 20.000 hab., y el 20 por ciento restante, a municipios entre 5.000 y 20.000 habitantes.

(\*) En algún caso se han examinado contratos que, no alcanzando los umbrales citados, se han considerado por razón de sus características de interés para el desarrollo de esta tesis.

Antes de nada, conviene advertir que el propósito de este trabajo de campo, realizado sobre una muestra relativamente pequeña, tiene un carácter accesorio o auxiliar de la parte sustantiva y troncal de la tesis que se desarrolla, y contribuye a evidenciar, con todas las precauciones del sesgo de su muestra, el “estado del arte” en el conjunto de las Administraciones territoriales, como se ha indicado. Pese a estas limitaciones, hemos creído conveniente su inclusión con el ánimo de completar las evidencias obtenidas de las normas reguladoras, la doctrina administrativa y la jurisprudencia. Aunque, insistimos, no es objeto de la

investigación principal el comportamiento de las Administraciones Públicas ante el fenómeno de la utilización estratégica de la contratación pública.

Hecha esta advertencia, desarrollamos a continuación, según las distintas fases del procedimiento, la revisión de las cláusulas o condiciones “con perspectiva social o medioambiental” encontradas en los diferentes pliegos analizados. El método utilizado consiste en una breve introducción de cada fase, la reproducción íntegra o parcial de las cláusulas *en cursiva*, su corrección jurídica y una síntesis hecha conclusión de la implementación de las mismas.

### **1.1. Capacidad y solvencia del empresario.**

#### **1) Establecimiento de prohibiciones para contratar específicas. Alusión a paraísos fiscales.**

Como requisito de prohibición para contratar, lo encontramos en un pliego de la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de Castellón, sobre seguridad y vigilancia de las diversas dependencias de la Diputación. En él se niega la realización de operaciones financieras en paraísos fiscales que sean consideradas delictivas, tales como blanqueo de capitales, fraude fiscal o contra la hacienda pública.

No encontramos más ejemplos en la muestra, si bien algunos otros, todos ellos de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears<sup>842</sup>, introducen una condición especial de ejecución consistente en la prohibición de utilizar domicilios fiscales incluidos en paraísos fiscales.

Desde el punto de vista de su corrección jurídica valoramos una mayor conformidad con su consideración de condición especial de ejecución, por razón del listado exhaustivo que contiene la vigente LCSP 2017 sobre las

<sup>842</sup> Servicio de seguridad y vigilancia de la Conselleria de Salut de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (anuncio 25-05-2018). PBL: 155.298,56 euros. Construcción de una residencia para personas mayores en Pòrtol, Marratxí. PBL: 7.655.715,82 euros.

prohibiciones para contratar en el art. 71, en concordancia con el art. 57 de la Directiva 2014/24/UE. Si bien, en el supuesto analizado, realmente se recuerda el cumplimiento de obligaciones fiscales cuyo quebranto pueda considerarse delictivo, tales como el blanqueo de capitales o el fraude fiscal, y desde ese enfoque resulta pertinente.

Como me cuestiono en un trabajo anterior<sup>843</sup>, ¿qué puede hacer un órgano de contratación para contribuir a adoptar medidas contra los paraísos fiscales?,

*“podríamos ser útiles en el recordatorio de obligaciones tributarias, dando mayor visibilidad al supuesto de delitos contra la Hacienda Pública incluidos los supuestos de blanqueo de capitales. En este sentido, podría aludirse a lo especialmente gravoso que resulta, como delito contra la Hacienda Pública, el supuesto de utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación cuando oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o frente a la Seguridad Social o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o frente a la Seguridad Social o del responsable del delito. (artículos 305 bis y 307 bis del Código Penal).”*

## 2) Criterios de selección y medios de acreditación de establecimiento expreso.

Tampoco se prodigan este tipo de cláusulas que introducen la perspectiva social o medioambiental en esta fase del procedimiento, limitándose la muestra analizada a los aspectos técnicos y económico-financieros rutinarios. Como hemos dicho al tratar de la solvencia del operador económico, nos interesa destacar el apoyo estratégico a esta fase, mediante la inclusión de aspectos sociales y medioambientales, a fin conseguir un incremento de la capacidad de las empresas para ejecutar el contrato desde esta sensibilidad. Entre estos, la experiencia del personal, las titulaciones académicas finalistas, el control de calidad, o las medidas de gestión medioambiental.

<sup>843</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé. “Las cláusulas de Responsabilidad social en la Contratación Pública Local”.

Pues bien, de la muestra obtenida, tan solo el Ayuntamiento de Cabanillas<sup>844</sup>, integra como solvencia técnica, determinadas titulaciones de grado universitario o de formación profesional en los ámbitos de la Educación Social, la Psicología, o la Terapia Familiar Sistémica.

## 1.2. Fase de preparación del contrato

De nuevo, la muestra analizada, no contempla características de interés que respondan a las diferentes cuestiones que han sido tratadas en el Capítulo VI, sobre las posibilidades de integración de factores sociales, ambientales y de innovación en las distintas fases del proceso de contratación.

Esta fase, de gran interés, por cuanto determina y configura el objeto del contrato, tan importante para establecer, más tarde, la correspondiente vinculación de los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución; refleja lo que ya esperábamos, esto es, escasa justificación de la necesidad del contrato en el momento de establecer una relación entre la incorporación de criterios sociales y medioambientales, la mejor relación calidad-precio y la eficiencia en la utilización de los fondos públicos. A esta relación hemos dedicado una parte importante de la *literatura* de esta tesis, por cuanto se ha mantenido que la aseveración o convencimiento del legislador, expresado en su artículo programático, acerca de la obtención de una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual y una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, necesitaba de una demostración basada en evidencias, pese a que también nosotros mostrábamos una apetencia a que así fuera de todos modos.

<sup>844</sup> Ayuntamiento de Cabanillas (Guadalajara). Servicio de prevención y atención integral ante situaciones de exclusión social denominado "Interacciona". PBL, sin impuestos, 122.019,83 euros. Lote 1- Servicio de educación de calle: Diplomatura o Grado Educación Social o Grado Superior en Integración Social. Experiencia mínima de dos años en el ámbito de intervención socio educativa con infancia- adolescencia. Lote 2- Servicio terapéutico de atención al individuo y la familia: Licenciatura o Grado en psicología. Habilitación Sanitaria o especialidad en psicología clínica. - Título de Experto en terapia familiar sistémica. Experiencia mínima de dos años en el ámbito de la terapia- intervención familiar.

No es de extrañar tampoco la omisión detectada, por cuanto concurren causas, ya denunciadas, de falta de profesionalización en el ámbito que tratamos, necesidad de esfuerzo suplementario en tiempo disponible para la preparación del contrato y escasa relación entre los mayores recursos dedicados y el beneficio obtenido para la gestión, con la inclusión razonada y proporcionada de características sociales y medioambientales en las distintas fases del proceso de la contratación.

Y claro que lo social es bueno, como bien dice OCHSENIUS, pero no nos cansaremos de reivindicar su rentabilidad, su eficiencia, mediante ese balance del bien común, que nos lleve a pagar el precio adecuado, como apuntaban ALGUACIL y FELIP. Un precio que contempla la mejor relación calidad-precio, y en ella, las mejores y más atractivas características sociales y medioambientales.

Nos queda un largo recorrido de madurez estratégica que nos despierte de cierto “adormecimiento” en la materia, y del mismo modo que justifiquemos la relación entre los fines institucionales del poder adjudicador y el objeto del contrato con el que se pretenden satisfacer, motivemos por qué impregnar de perspectiva social, en sentido amplio, el proceso de selección, adjudicación y ejecución de un contrato, interesa más, o lo mismo como poco, que llevar a cabo políticas activas o de fomento que persigan los idénticos propósitos.

Casi podrían trasladarse los mismos argumentos a la configuración de las especificaciones técnicas del contrato, esto es, a la actividad que convierte la idea en algo concreto. Condiciones que pueden integrar los requisitos sociales que caractericen el producto o el servicio de que se trate, tales como la accesibilidad para las personas con discapacidad, el diseño para todos los usuarios<sup>845</sup>, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el envasado, marcado y etiquetado, la seguridad de los productos, o los medios de transporte público. Pero, una vez más, no proliferan este tipo de especificaciones que, junto a las que determinan el rendimiento o la

<sup>845</sup> TACRC, Resolución 660/2018, de 6 de julio.

funcionalidad, ayudan a delimitar el objeto del contrato y, por ende, a la vinculación de los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución con aquél.

Por último, en esta fase del proceso, tampoco detectamos la concreción, y mucho menos medición, de lo que hemos denominado beneficios indirectos para el órgano de contratación. Es decir, la cuantificación de otras ventajas que la inclusión en los contratos de la perspectiva social y medioambiental tiene para dicho órgano, tales como el ahorro en otras políticas sociales, más el incremento del número de cotizantes y de la tributación en renta, o las externalidades causadas por el consumo de bienes y servicios, tales como las emisiones CO<sub>2</sub>, la contaminación de las aguas o los vertidos incontrolados, que pueden corresponder a otras Administraciones.

Y éstas no son buenas noticias, porque la fase de preparación del contrato es el elemento causal o el origen de la introducción de esta perspectiva en las fases subsiguientes. Lo que nos lleva a la consideración, poco optimista, de que el establecimiento de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación pública no se basaría tanto en un uso racional complementario de estas políticas, sino más bien, en un mandato legal que las da por buenas, fundamentalmente eficientes, sin haber evidenciado su comportamiento.

Nos hubiera gustado encontrar algo más de razón y proporcionalidad en la inclusión de este tipo de cláusulas, algo así como la acreditación de las decisiones informadas de las que nos hablan los sistemas de gestión de la calidad, pero en lugar de esto, se pasa directamente a la acción, es decir, a la fijación de criterios de adjudicación y de condiciones especiales de ejecución, sin aprovechar la fase embrionaria del procedimiento, en la que la perspectiva social y medioambiental toman cuerpo justificando su necesaria vinculación con el objeto del contrato. Las primeras, porque suponen capacidad de discernimiento entre las distintas ofertas formuladas, las segundas por su carácter obligatorio. Pese a todo, son estas fases, de adjudicación y ejecución, las que nos muestran cierta "riqueza" casuística en la muestra analizada.



Quizá también, habría de considerarse, si no estamos fijando el “listón” demasiado alto para una fase embrionaria, aunque de cierta intensidad, de la inclusión de la nueva perspectiva. A este efecto, de nuevo quizá, no esté tan disparatado invertir la secuencia lógica de diseño-objeto-especificaciones-valoración-ejecución, comenzándola por las fases que realmente han calado en el gestor de la contratación, es decir, por la de valoración-ejecución. Admitamos esta posibilidad por un momento, y pensemos en aprovechar el caudal de beneficios, no calculados, que reportan las características sociales y medioambientales. Si en apariencia lo social es bueno, como mantiene la mayor parte de la doctrina estudiada, vayamos creando *cultura*, aprovechemos la oportunidad que nos brinda el legislador para contribuir a la mejora de estas políticas y, al mismo tiempo, vayamos “afinando” en la justificación de las medidas a adoptar en la fase de diseño y preparación del contrato. No vaya a ser, que en el ánimo de búsqueda de la perfección, no tengamos nada que justificar, porque nada nos anima al establecimiento de aquellas características.

### **1.3. Fase de adjudicación**

#### **1) Establecimiento de criterios de adjudicación y ponderación de los mismos en relación al conjunto.**

Fase que, junto con la siguiente, constituyen el objetivo principal para el establecimiento de los aspectos sociales y medioambientales de los contratos.

El primer dato que obtenemos de la muestra, es que el 52 por ciento de los contratos no incorporan cláusulas de perspectiva social o medioambiental, amparables bajo el genérico de calidad de servicio, ya sean como criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, ya sean como juicio de valor. Las causas pueden ser varias, y entre ellas no debe desdeñarse el carácter voluntario de las mismas, o la oportunidad de convertir en obligatorio, aquello

que por su trascendencia o por la evitación de riesgos de impugnación, tiene mejor acogimiento como condición especial de ejecución.

Entre las propuestas por las Unidades gestoras de los contratos, y a efectos de su valoración legal, doctrinal y jurisprudencial, en los términos estudiados en esta Memoria, damos cuenta de las siguientes más significativas:

#### Ámbito medioambiental:

- **Ahorro y eficiencia energética:**

- *Plan de ejecución medioambiental. De 0 a 1 puntos. Se valorará la incorporación de estrategias de movilidad, ecología y eficiencia energética conforme con la inscripción de la empresa en el registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono, identificación de los trabajos a realizar que pueden generar impactos medioambientales, y las medidas correctoras o compensatorias propuestas: minimización en el empleo de agua o utilización de aguas depuradas; empleo de maquinaria y herramientas menos contaminantes; medidas de reducción de consumo de energía y combustible, y menores emisiones de CO<sub>2</sub> de los mismos, tratamiento de residuos, y específicamente tratamiento de residuos sanitarios, etc.*
- *Reducción de emisiones de CO<sub>2</sub> directamente relacionada con el transporte de materias primas empleadas en la ejecución del Proyecto. Para ello se concretará la procedencia de los áridos a emplear en la obra y se valorará la distancia de la fuente a la zona de actuación, entendida ésta como cualquiera de los términos municipales. (hasta 10 puntos)*
- *Instalación de elementos de ahorro de consumo de agua en los sanitarios del personal de las obras. Uso de maquinaria y herramientas de bajo consumo y no contarán en ningún caso con una antigüedad mayor de 10 años, la iluminación artificial a utilizar será de tecnología led. Se minimizarán los trasportes internos en las obras, optimizando el número de viajes y las distancias a recorrer.*
- *Distancia de la cocina central a la Plaza Mayor de Valladolid. De 0 a 16 puntos.*
- *Utilización de vehículos menos contaminantes: hasta 10 puntos (distintivos C y B); utilización de al menos un vehículo híbrido o eléctrico en la movilidad del personal asignado a las obras; 20 puntos a las entidades que propongan el uso de un vehículo tipo furgón para efectuar la recogida de ropa usada, con calificación ECO*

*o “cero emisiones; Utilización de vehículos con distintivo ambiental 0 y eco destinados al desarrollo del contrato, de 0 a 5 puntos; Asistencia técnica -averías y mantenimiento- , 15 puntos: mejores condiciones atendiendo a la ubicación<sup>846</sup> de los puntos de asistencia con distancia en kilómetros a Lardero, periodos y/o kilometraje para la revisión del vehículo y sustitución de material (ruedas, aceite, filtros, etc...).*

VALORACIÓN: el ahorro de recursos naturales mediante técnicas o métodos, mecánicos (reductores de presión de agua, control de riegos en función de la humedad de los parques) o electrónicos (reducción de consumo de los dispositivos electrónicos, mediante el mejor aprovechamiento de la energía y los elementos mecánicos); el ahorro de emisiones CO<sub>2</sub>, como consecuencia de la eficiencia de la maquinaria (vehículos, instalaciones productivas); la composición de los productos (papel, producción ecológica); o el empleo de energías renovables orientadas al suministro de energía eléctrica (agua, viento, luz solar); suponen un beneficio indirecto para el órgano de contratación, si bien, como hemos defendido en esta Memoria, siempre que se contemple, más aún en un mundo globalizado, como la suma agregada de las externalidades medioambientales, computadas por el conjunto de los órganos de contratación de un territorio, sin considerar impactos más locales, que escapan a los beneficios directos que quieren obtenerse, como por ejemplo el de la limitación del efecto invernadero.

No encontramos dificultad alguna para la introducción de estas características como criterio de adjudicación, pues se hayan vinculadas al objeto del contrato, por referirse tanto a la prestación material propiamente dicha o al método de producción medioambientalmente sostenible; respetan los principios de igualdad de trato y no discriminación, están recogidas en los respectivos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y sirven para la valoración del rendimiento comparado de las ofertas.

<sup>846</sup> Ayuntamiento de Lardero (La Rioja). Convocatoria de 9-04-2019. Renting de un vehículo destinado a la Policía Local. PBL sin impuestos 900,00 euros. Valor estimado del contrato: 43.200,00 euros.

Dicho lo cual, detectamos otras características que ofrecen más dudas, como por ejemplo: la valoración de las distancias entre la procedencia de los recursos y lugar de su utilización, o ubicación de los puntos de asistencia respecto del municipio contratante. Se trata del concepto de arraigo territorial, en el que pugnan dos valores, el del ahorro a partir de la eficiencia energética y la menor emisión de gases CO<sub>2</sub>, con el de la libre competencia, igualdad de trato y no discriminación de aquellas empresas que tienen su infraestructura más allá de los estrictos límites establecidos por el órgano de contratación. Como bien ha dicho, CHAMIZO, los criterios de adjudicación medioambientales pueden esconder medidas contrarias a los principios del Derecho de la UE, aunque no todos pueden considerarse ilegales.

El punto de equilibrio está en la no introducción de inequidades entre los licitadores, de modo que todos tengan acceso a los productos, transporte e instalaciones que precisen los servicios o suministros, en condiciones de igualdad, sin que dé lugar a un gravamen económico excesivo o intolerable. Aprovechar las limitaciones territoriales, sobre la base de un mejor aprovechamiento energético, puede encubrir prácticas fraudulentas en el otorgamiento de los contratos.

- **Fuentes renovables:**

- *Energía renovable: Por el compromiso de instalación en el edificio destinado a los trabajadores (vestuarios y servicios) de instalaciones que permitan el uso de energía procedente de fuentes renovables se puntuará hasta 7 puntos.*

VALORACIÓN: Al margen, de la mejorable redacción, por falta de desarrollo, de la cláusula, lo que de suyo ya produce cierta discriminación, el objeto de la misma y su alineamiento al del contrato, parecen claros. No se trata tanto de la sustancia material, esto es de las propias instalaciones, probablemente de utilización mixta, sino de la energía procedente de fuentes renovables, forma o método de producción sostenible, prevista en el art. 145.6 de la LCSP 2017.

- **Mantenimiento de recursos naturales:**

- *Gestión medioambiental de la obra, adecuación del plan de gestión de residuos, memoria ambiental de la obra<sup>847</sup>; criterios de sostenibilidad económica y ambiental, mantenimiento y eficiencia energética (hasta 10 puntos); Utilización de vehículos con distintivo ambiental 0 y eco, destinados al desarrollo del contrato. De 0 a 5 puntos.*
- *Sostenibilidad económica, sustentabilidad medioambiental, eficiencia energética e incidencia en mantenimientos (ciclo de vida: calidad y durabilidad de los materiales, soluciones de ahorro energético, optimización de mantenimientos posteriores, economía y simplicidad de soluciones).*
- *Las mejoras en términos ambientales para la minimización de impactos y tratamiento de residuos, restauración paisajística, disminución acústica y de combustibles, energías renovables, valorada con hasta 3 puntos.*
- *Inscripción en el Registro de Huella de Carbono<sup>848</sup>. Se valorará estar inscrito en el citado Registro o el compromiso de solicitar la inscripción en el mismo. (Hasta 2 puntos). Menor huella de carbono que suponga la ejecución del contrato.*

VALORACIÓN: En este grupo de criterios, en el que de modo indirecto se vela por la conservación de los recursos naturales, evitando su degradación, se dan cita conjuntos más o menos homogéneos que se orientan hacia una gestión global, más abstracta, de la obra o del servicio, en la que cabe la eficiencia energética, el ahorro de recursos, las bajas emisiones de gases, el tratamiento de residuos, o un elemento de medida, como es la huella de carbono, como si de una identidad ecológica se tratara. Entre estas características se recoge una de importancia capital, el ciclo de vida de los productos, en el que como hemos explicado, tenemos en cuenta no solo el precio que pagamos por ellos, sino los costes de mantenimiento y desmantelamiento de los mismos. Esto significa realmente ir más allá de las propiedades medioambientales de las obras, suministros y servicios, es tener en cuenta un conjunto de ítems que se producirán desde la extracción de las

<sup>847</sup> Ministerio de Fomento. D.G. de Arquitectura, Vivienda y Suelo. Obras de rehabilitación del Teatro María Luisa de Mérida (Badajoz) 2.741.235,47 euros. Anuncio: 10-11-2017.

<sup>848</sup> Ayuntamiento de Arucas (Gran Canaria). Convocatoria de 20-12-2019. Realización del servicio de transporte adaptado a los usuarios del Centro de Estancia Diurna para Mayores, así como a los usuarios del Centro Ocupacional de Arucas. PBL sin impuestos 776.524,66 euros.

materias primas hasta su desmantelamiento, reciclado y reutilización, esto es, “de la cuna a la cuna”.

Por tanto, estos criterios medioambientales, que cumplen con la vinculación al objeto del contrato, no son discriminatorios, siempre que no se utilicen de modo sesgado para la selección del adjudicatario, ayudan a realizar el rendimiento comparado de las ofertas, de acuerdo con la delimitación de aquél en las especificaciones técnicas, no atribuyen al órgano de contratación una libertad incondicional de elección, y respetan los principios del derecho comunitario; pueden establecerse como criterios de adjudicación.

- **Educación ambiental:**

- *Programa escolar de educación ambiental en las playas de Sóller (5 puntos).*

VALORACIÓN: En un contrato como éste, de explotación de los servicios de temporada en las playas del municipio, presentar un programa escolar de educación ambiental está íntimamente relacionado con el objeto del contrato, y sirve al propósito de minimizar el impacto para el medio ambiente de la utilización de las playas por los usuarios. Afecta a la conservación del entorno y ayuda a la mayor eficiencia energética que se obtendrá por el uso más respetuoso de las instalaciones. Por tanto, sirve para discernir el rendimiento comparado de las distintas ofertas.

Ámbito social:

- **Personas con discapacidad:**

- *Porcentaje en relación con la totalidad de la plantilla de la empresa licitadora<sup>849</sup>. • > 70% y <75% de PCD en plantilla (3 puntos) • ≥75% y <80% de PCD en plantilla (5 puntos), • ≥80% de PCD en plantilla (10 puntos) de 60.*

<sup>849</sup> Ministerio de Sanidad Servicio Centro de Intermediación Telefónica para personas con discapacidad auditiva y/o fonación. Contrato: intermediación telefónica para las personas con discapacidad auditiva y/o fonación, mediante procedimiento abierto PBL sin impuestos 215.000,00 euros.

- *Empresas cuya plantilla cuente con trabajadores con discapacidad superior a la impuesta por la normativa. (3 puntos)*

VALORACIÓN: Nótese en este caso que el criterio se fija en los trabajadores con discapacidad al servicio de la empresa, y no del contrato. Por tanto, se trata de un elemento subjetivo de la misma con independencia de su empleo en el contrato, careciendo de la necesaria vinculación al objeto del mismo, en el sentido de servir para analizar el rendimiento comparado de las distintas ofertas. Así lo vienen entendiendo los TARC en su doctrina, tal y como hemos visto en el Capítulo VII.

En consecuencia, resulta incorrecta la inclusión de estos criterios de adjudicación, que podrán sustituirse por la aportación de trabajadores con discapacidad por encima de los necesarios, si existe subrogación, o si no existe para la cobertura de puestos de estructura. También en el caso de sustituciones o de subcontratación.

- **Otras personas vulnerables:**

- *Se valorará con 5 puntos a las empresas que se comprometan emplear, en la plantilla que ejecutará el contrato, al menos el 15 % de la misma a personas con dificultades de acceso al mercado laboral*
- *Se valorará con 5 puntos las empresas que se comprometan a subcontratar un porcentaje superior al 2 % del importe del contrato a través de Empresas de Inserción, Centros Especiales de Empleo o programas de empleo protegido.*
- *Se valorará con 5 puntos las empresas que se comprometan a tener entre la plantilla que ejecutará el contrato al menos un 50 % de trabajadores indefinidos.*
- *Reactivación laboral de desempleados<sup>850</sup>: hasta 4 puntos, se valorarán las propuestas que incluyan en el equipo de trabajo que se va a encargar de la ejecución material de las obras, tales como operarios, encargados o técnicos a pie de obra, que estén en paro registrado en la Red de Oficinas de Empleo los últimos seis meses, o seis meses entre los últimos doce (1 punto por cada persona). No*

<sup>850</sup> Ayuntamiento de Logroño. Convocatoria de 13-09-2019. Construcción del Centro infanto-juvenil "La Atalaya" en Valdegastea. PBL sin impuestos 904.317,41 euros.

*se valorarán propuestas que contengan contratos con una duración inferior a 80 horas de trabajo ejecutadas por persona.*

- o *Creación de Empleo (12 puntos)*
- o *Se valorará el compromiso de emplear en la obra a personas con dificultades de acceso al mercado laboral, teniendo preferencia las que procedan de programas de incorporación y acompañamiento laboral del Ayuntamiento de Avilés<sup>851</sup>.*
- o *Se valorarán las medidas de creación de empleo<sup>852</sup> a personas con dificultad de inclusión social. Obtendrá 20 puntos el que ofrezca más contrataciones en el total de la plantilla de personal afecta al servicio del pliego técnico. El resto se valorará proporcionalmente. El porcentaje máximo de contrataciones será el 10% de la plantilla.*

VALORACIÓN: Con la debida abstracción, y por tanto generalizando la casuística, estamos en presencia de características sociales cuyo común denominador son las personas vulnerables, tales como parados de larga duración, mayores de 45 años, mujeres subrepresentadas en el sector de actividad correspondiente, personas con discapacidad, carecer de estudios de formación profesional o universitaria, etc., para las que hemos visto en el desarrollo del Capítulo VII, cómo cuando se refiere a las personas a emplear en la ejecución del contrato no presenta especiales dificultades, más allá de lo que se ha dicho respecto de las personas con discapacidad, sobre que la consideración social no incide en el rendimiento de la oferta respecto de la prestación objeto del contrato, cuestión ya revisada en esta Memoria, bajo el prisma de la cohesión social y la calidad de servicio. La contratación de personas vulnerables en general ayuda a conformar una sociedad más justa y equitativa, coadyuvando a conseguir el interés general de la Comunidad, o bien común.

No olvidemos que el objeto del contrato puede impregnarse de la perspectiva social, combinando la prestación substantiva o material-intrínseca con la

<sup>851</sup> Ayuntamiento de Avilés (Asturias). Convocatoria de 13-01-2020. Ejecución de obras definidas en el Proyecto de renovación de firmes en paseos de varios parques de Avilés. PBL sin impuestos 123.891,87 euros.

<sup>852</sup> Ayuntamiento de Cartaya (Huelva). Convocatoria 17-04-2020. Concesión de Servicios consistente en la gestión, explotación y mantenimiento del Complejo Deportivo Municipal de Cartaya. PBL sin impuestos 3.550.000,00 euros.



inserción socio-laboral de las personas vulnerables. Recordemos, igualmente, que el R.D.Leg. 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo, incluye en su artículo 10, eje núm. 3 “Oportunidades de empleo”, *las actuaciones que tienen por objeto incentivar la contratación, la creación o el mantenimiento de los puestos de trabajo de las personas en situación de exclusión social, de las personas con responsabilidades familiares, de las víctimas del terrorismo y de las mujeres víctimas de violencia de género.*

Los TARC nos recuerdan que el criterio de adjudicación ha de guardar relación con el objeto del contrato y no dar lugar a discriminación. De la doctrina administrativa y jurisprudencial se desprende, además, que se ha de respetar el Derecho comunitario y darse a conocer a través de los medios de información públicos. Las últimas directivas europeas de contratación de 2014, así como la LCSPL 2017, contemplan una mayor vocación social, donde caben los factores productivos y las formas de producción, prestación o comercialización social o medioambientalmente sostenibles y justas.

Sin embargo, hay algo que merece un tratamiento singular del apartado. Me refiero a la preferencia que otorga el Ayuntamiento de Avilés a trabajadores que procedan de programas de incorporación y acompañamiento laboral de la propia Administración municipal, lo que podría considerarse como un elemento discriminatorio, por cuanto de un modo indirecto fomenta la contratación de personas vulnerables procedentes de los programas municipales de fomento del empleo, eludiendo la posibilidad, al menos no preferente, de su captación en los servicios de empleo correspondientes. Recordemos a este efecto la sentencia del TJUE, Gebroeders Beentjes, asunto 31/87, de 23 de septiembre de 1988, cuando declara que el empleo de trabajadores en paro prolongado es compatible con la Directiva si no discrimina a licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad, especialmente si a estos les resulta mucho más difícil de cumplir esta condición. Y, aunque la quiebra del principio de igualdad de trato, ha de relacionarse con el licitador y con las posibilidades que tiene de presentar una

oferta en iguales condiciones que el resto, máxime si se trata de un operador económico de otro Estado miembro, también se da desde el punto de vista del trabajador, al tener preferencia los que presenten una acreditación determinada, la de los programas municipales de empleo.

A modo de conclusión, las cláusulas recogidas de la muestra cumplen con los requisitos de vinculación al objeto del contrato, en el sentido amplio que lo venimos considerando en esta Memoria al analizar los factores y los métodos de producción, prestación y comercialización, respetan el derecho comunitario con alguna duda sobre el apunte realizado en el párrafo anterior, y son transparentes al incorporarse en los pliegos y en las respectivas convocatorias.

- **Igualdad de género:**

- *Al menos el 60% del personal asignado a la ejecución del contrato serán mujeres: Entre 60 y 70%: 9 puntos, más de 70 y 85%: 15 puntos, más de 85 y 100%: 26 puntos.*
- *Plan de Igualdad de Género a aplicar en la ejecución del servicio. (11 puntos).*
- *Flexibilización, adaptación o reasignación de servicios y horarios en función de las necesidades de conciliación: hasta 2 puntos. Medidas de conciliación familiar, laboral y personal. Bolsa de horas de libre disposición por parte de los trabajadores de carácter retribuido: hasta 2 puntos.*
- *Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Hasta un máximo de 10 puntos según lo siguiente: Compromiso de adscribir para el puesto de coordinador una mujer: 5 puntos, Compromiso de adscribir para el puesto de Dietista/Nutricionista una mujer: 5 puntos.*
- *Plan de igualdad efectiva en el trabajo de hombres y mujeres implicados en la ejecución del contrato. (De 0 a 0,5 puntos)*
- *Adscripción de mujeres a la plantilla que ejecutará el contrato. La puntuación máxima a obtener por este criterio será de 18 puntos conforme al siguiente baremo:*

Trabajadoras	Puntos
6	18
5	8
4	5
2	2

VALORACIÓN: con desigual peso en el conjunto de la puntuación a otorgar por estos criterios cualitativos valorables mediante fórmulas, que afecta a la proporcionalidad de la medida y, por tanto, a la peor justificación de la perspectiva social, lo relevante vuelve a ser la aplicación de la característica social al contrato en concreto y a su prestación, no a las peculiaridades de las empresas o a su política general de responsabilidad corporativa. Todos los contratos responden a políticas justas de representación de la mujer trabajadora y de conciliación, sirviendo de medida compensatoria para paliar la desigualdad de partida con la que cuenta la mujer en la contratación pública. Medidas de discriminación positiva que favorecen su incorporación al mercado de trabajo, en los sectores en los que se encuentra subrepresentada.

Especial consideración merece la reflexión que hacíamos en el Cap. IX, sobre lo lejos que estamos de la pacífica aceptación de las cuestiones de género como criterio de adjudicación, por su difícil vinculación al objeto del contrato, siendo un hecho cierto que el principio de la libre competencia se manifiesta con preponderancia en la doctrina jurisdiccional y administrativa.

Confiemos en el nuevo impulso de las Directivas de cuarta generación, y en la ley de transposición, LCSP 2017, para que de un modo progresivo vaya calando el mensaje de igualdad en la configuración de criterios de adjudicación, alineados con el objeto del contrato y sus especificaciones técnicas. De este modo, no solo podemos tener en cuenta el empleo de la mujer trabajadora como factor de prestación, sino igualmente como elemento distintivo capaz de servir al rendimiento comparado de las ofertas. En este sentido, siendo conscientes del contexto doctrinal y jurisprudencial ampliamente recogido en esta Memoria, puede defenderse la pertinencia de las cláusulas de la muestra, no obstante la desproporción en puntos

detectada, cuando la finalidad institucional a la que se anuda el contrato que se pretende, tiene parte de su razón de ser en la igualdad de género, no conseguida espontáneamente, y necesitada de acciones positivas de compensación, para las que la contratación pública es un instrumento más, junto con las políticas activas de igualdad.

- **Mejora de las condiciones de trabajo y salariales**

- *Mejora de las condiciones salariales, junto con formación y accesibilidad (hasta 30 puntos)*
- *Sueldo del socorrista<sup>853</sup>. Se valorará con un punto cada 1% de incremento porcentual ofertado en relación al sueldo bruto mensual a percibir por el personal de Salvamento, sobre la base del mínimo determinado en la cláusula 24 (tabla 6) del PPT, hasta un máximo de 10 puntos.*

VALORACIÓN: Sin hacer especiales consideraciones sobre el necesario desarrollo del criterio de adjudicación para evitar situaciones discriminatorias por falta de transparencia, propia de enunciados generales, abstractos, incluso ambiguos, como sucede con el primer supuesto de este apartado, cuyo peso en puntos se antoja desproporcionado, como hemos tenido oportunidad de ver; nos centramos en la valoración de la mejora de las condiciones salariales de los trabajadores al servicio del contrato.

Lo primero que llama la atención es el establecimiento muy minoritario de este tipo de cláusulas, acorde igualmente con la dificultad de integración como criterio de adjudicación, debido a la difícil vinculación con el objeto del contrato. Los pocos órganos de contratación que se atreven, saben que se arriesgan a que semanas después puedan ver anulados los pliegos y retrotraídos al momento en el que se produjo su aprobación, probablemente para eliminarlas. En este escenario, por mucho interés que se tenga en la visión estratégica, social y medioambiental, el órgano de contratación sopesará poner en riesgo el objeto principal del contrato, la realización de una

<sup>853</sup> Ayuntamiento de Sóller (Islas Baleares). Explotación de los servicios de temporada en las playas del término municipal de Sóller. PBL 49.916,34 euros.

obra, suministro o servicio que necesita ejecutar con rapidez, y seguramente, decidirá prescindir de este tipo de cláusulas.

Esta situación, conduce directamente a los órganos de contratación a adoptar posiciones muy garantistas o conservadoras, limitando las posibilidades de inclusión, especialmente de la perspectiva social, a la fase de ejecución del contrato, como condiciones especiales de ejecución.

Sin embargo, en esta Memoria hemos mantenido la pertinencia de cláusulas como las obtenidas de la muestra, en contra de la doctrina del TACRC, por todas su Resolución núm. 235/2019, que incide una vez más en el prevalente principio de libre competencia, y falta de vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, cuando aquél no “sirve” para valorar el rendimiento comparado de las ofertas. Como se ha dicho, la mejora de las condiciones salariales, como criterio de adjudicación, es conforme con el Derecho de la Unión, no resulta discriminatoria, porque es proporcional al esfuerzo de los licitadores respecto de trabajadores adscritos, se halla vinculada al objeto del contrato, según se defina en las especificaciones técnicas, y sirve para evaluar el rendimiento comparativo de las ofertas, en términos de calidad-precio, basándonos en la función social que incorporan.

Reiteramos nuestra coincidencia con el TACPM, manteniendo la concordancia entre los artículos 1.3 y 145.2 de la LCSP 2017, sobre criterios cualitativos sociales y medioambientales, en el marco de una contratación estratégica introducida por la Directiva 2014/24/UE; consideramos la mejora de las condiciones salariales como una característica social, de aplicación directa y, finalmente, que las condiciones laborales de los trabajadores inciden en la calidad de la prestación.

- **Formación:**

- *Cursos de reciclaje o especialización,*
- *Formación específica al personal que presta el servicio ( 20 puntos). Plan de Igualdad de Género a aplicar en la ejecución del servicio. ( 11 puntos).*

- *Impartición de formación a todos los trabajadores adscritos al servicio (seguridad y salud, elementos de botánica y jardinería, maquinaria, riego, albañilería): hasta 12 puntos.*

VALORACIÓN: Se trata de una de las características sociales menos controvertidas. En primer lugar porque forma parte de un listado, breve, aunque no exhaustivo, recogido en el Considerando núm. 99 (“*formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate*”) de la Directiva 2014/24/UE; y en segundo, porque tiene un fácil acomodo con el objeto del contrato y con la calidad intrínseca de la mejor prestación, al favorecer la permanente cualificación de los trabajadores que realizan la prestación del contrato.

- **Estabilidad en el empleo:**

- *Vinculación laboral indefinida del personal destinado al contrato hasta 8 puntos.*
- *Programa de estabilidad en el empleo del personal que ejecute materialmente el contrato. De 0 a 3 puntos.*
- *Sobre un volumen de mano de obra estimado de 2.316 horas, se valorará con un máximo de 3 puntos el compromiso de la empresa licitadora de integrar en la plantilla que ejecutará el contrato a personal con contratos indefinidos en, al menos, 695 horas; con 1 punto, el compromiso de contratar, al menos, 579 horas; y con 0 puntos, la oferta igual o inferior a 463 horas. El resto de compromisos se puntuará linealmente.*

VALORACIÓN: *Partimos* en todos los casos de una puntuación máxima proporcionada en el peso que como factor, sobre base 100, tiene esta característica social. *Partimos* igualmente de una de las más controvertidas en la doctrina de los TARC, y de la dificultad de que, como otras muchas no está delimitada con perfiles claros en el art. 145 de la LCSP 2017.

Como hemos visto al tratar específicamente de esta característica, son las Guías interpretativas aprobadas por distintas Administraciones, incluido el Plan Reincorpora-T de la Administración General del Estado, las que contemplan con mayor detalle esta posibilidad, sin desdeñar la doctrina de

algunos TARC, como el de la Comunidad de Madrid, al reconocer que repercute directamente en la ejecución del contrato, bastando que se refieran a aspectos influyentes de la prestación para que adquieran la nota de vinculación al objeto del contrato, sin que suponga restricciones de la competencia, ni discriminación para las empresas licitadoras.

En ausencia de criterio unánime sobre la consideración de estas cláusulas, optamos por apreciar su inclusión en el PCAP, encontrando una total adecuación a los requisitos de vinculación al objeto del contrato, evaluación del rendimiento comparado de las ofertas, proporcionalidad, igualdad de trato, transparencia y ajuste al derecho europeo.

- **Contratación de un mayor número de personas:**

- *Se valorará el horario de apertura y cierre por encima de los mínimos exigidos en la cláusula 10 del PPT, con un máximo de 20 puntos el que mayor número de horas anuales oferte por encima del mínimo exigido y el resto se valorará proporcionalmente. El número mínimo de horas anuales exigido es de 4.146 horas de lunes a domingo.*

VALORACIÓN: *Referido*, como sabemos, a la mayor empleabilidad que proporciona la ejecución del contrato, puede generar un alto índice de ineficiencia desajustando el necesario equilibrio entre prestación y precio para conseguir la mejor oferta, la económicamente más ventajosa, como prevé el art. 67 de la Directiva 2014/24/UE, y el primero de la LCSP 2017.

En el supuesto de la muestra, no se habla directamente de un mayor número de trabajadores por encima de los estándares previstos en los pliegos, sino que se refiere a un mayor número de horas de prestación, lo que de suyo conlleva una cantidad mayor de mano de obra, ya sea mediante la contratación de más personas o, en su caso, mediante la conversión de contratos a tiempo parcial en más tiempo de jornada o por tiempo completo.

En un supuesto como éste, los TARC se han venido mostrando conformes, al acogerla, mayoritariamente como ventaja económica derivada de una mayor cantidad de prestación al mismo precio, lo que supone un mayor rendimiento del contrato, asociado a necesidades puntuales y extraordinarias derivadas de la dinámica propia de la actividad, que mejoran la calidad de la prestación al lograr una distribución más holgada de los recursos.

La cláusula es igualmente compatible con los postulados que mantenemos de vinculación al objeto del contrato, proporcionalidad, rendimiento comparado entre ofertas, transparencia y no discriminación. Pero hemos de estar alertas, no siempre el mayor ofrecimiento en horas de trabajo resultará más ventajoso para el órgano de contratación, pues aunque, teóricamente, podrían establecerse equivalencias entre una baja en el precio y un mayor número de horas ofrecido, si éstas no se controlan habrán contribuido a una adjudicación discriminatoria y cara.

- **Riesgos laborales:**

- *Aportaciones en materia de la Prevención de Riesgos Laborales. (hasta un máximo de 2 puntos)*
- *Medidas concretas de prevención, seguridad y salud laboral a aplicar durante la ejecución material del contrato. (De 0 a 1) punto.*

VALORACIÓN: De nuevo, una de las características sociales menos controvertidas. Al igual que la formación de los empleados al servicio de la contrata, forma parte del listado, no exhaustivo, recogido en el Considerando núm. 99 (*“medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción”*) de la Directiva 2014/24/UE; y tiene un fácil acomodo con el objeto del contrato y con la calidad intrínseca de la mejor prestación, al favorecer la salud de los trabajadores y la prevención de los riesgos laborales.

En los supuestos de la muestra, los criterios encuentran fácil justificación como criterios de adjudicación, vinculados al objeto del contrato, por su



carácter intrínseco asociado a la mayor eficiencia de uno de los factores de la producción, las puntuaciones propuestas son proporcionadas, y fácilmente evaluables mediante el rendimiento comparado de las ofertas.

No obstante, también aquí, la inconclusa redacción de las cláusulas, podría hacer pensar que se valoran requisitos u obligaciones establecidas por la normativa vigente, algo que evidentemente ha de cumplirse por todos los licitadores, y que de valorarse serviría no para hallar el rendimiento comparativo de las ofertas, sino para neutralizar este criterio de adjudicación, que todos reunirían, en beneficio de otro u otros criterios.

- **Plan Social:**

- *Personas con dificultades de acceso al mercado laboral. Estabilidad en el empleo, prevención, seguridad y salud laboral, formación de los trabajadores, plan de igualdad, plan de conciliación, responsabilidad social, comercio justo, accesibilidad, subcontratación con empresas de la economía social (hasta 9 puntos)*
- *Plan Social<sup>854</sup>, durante la ejecución del contrato: Nueva contratación de personas con dificultades de acceso al mercado laboral, sin que ello implique el despido o reducción de jornada de otro personal integrado previamente en la plantilla de las empresas. De 0 a 4 puntos.*

VALORACIÓN: En ambos supuestos de la muestra, el foco de atención se pone en las personas vulnerables, pero valorando distintas características sociales que se agrupan en torno a un plan social. El plan ofrece un marco amplio de la perspectiva social del contrato, y no solo se refiere a aspectos que, como hemos dicho, no ofrecen ninguna dificultad en el ejercicio de contrastación con la doctrina y jurisprudencia que venimos haciendo, tales como la seguridad y salud o la formación de los trabajadores. Junto a estos, la estabilidad en el empleo y la subcontratación con empresas de la economía social. Reiteramos lo dicho respecto de la estabilidad en el empleo, tan ligada

<sup>854</sup> Ayuntamiento de Valladolid. Contratación del servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Valladolid, convocatoria de 31/10/2019, PBL sin impuestos 34.965.000,00 euros.

a la calidad de la prestación del servicio, y apoyamos la subcontratación con empresas de la economía social bajo una especie de reserva de contrato derivada o indirecta que no presenta especiales dificultades, más allá de la necesaria compatibilidad para realizar las funciones encomendadas.

Matizamos la característica de la responsabilidad social, por cuanto en ningún caso debe interpretarse que se refiere a la política de responsabilidad social de la empresa, proscrita por falta de vinculación, según el considerando núm. 97 de la Directiva 2014/24/UE, sino a la que tiene origen en el cumplimiento de la prestación.

Finalmente, el comercio justo, cuya aplicación como criterio de adjudicación, está fuera de toda duda, aludido expresamente en el preámbulo de la LCSP 2017, mediante la posibilidad de que los criterios de adjudicación incorporen aspectos sociales del proceso de producción y comercialización, facultando al órgano de contratación para que el proceso de compra pública cumpla los principios de comercio justo de la Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo<sup>855</sup>. Recordemos, que el sabor del azúcar de la cita de la abogado general KOKOTT, deja un regusto más amargo, si ha sido adquirido en condiciones injustas.

- **Subcontratación:**

- *Compromiso de subcontratar con empresas de inserción<sup>856</sup> señaladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre y/o con Centros Especiales de Empleo (CEE) de iniciativa social regulados en Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. (Hasta 8 puntos).*

VALORACIÓN: Ya hemos hecho alusión en el apartado anterior, al referirnos a las empresas de la economía social de las que forman parte las empresas

<sup>855</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo (2005/2245(INI)) P6\_TA (2006) 0320.

<sup>856</sup> Ayuntamiento de Eivissa (Islas Baleares). Convocatoria de 13-01-2020. Servicios de traslado, montaje y desmontaje de eventos del Ayuntamiento de Eivissa. PBL sin impuestos 223.140,50 euros.

de inserción. Se trata de una medida de fomento para empresas de este tipo, que pueden tener dificultades para participar en los procesos de contratación pública, como si de una reserva de contrato se tratara. El fomento de las empresas de inserción es el de sus trabajadores, personas con discapacidad o en situación de exclusión social.

El supuesto analizado de la muestra, requeriría de una mayor objetividad en su cuantificación, con una fórmula concreta de valoración, aunque es proporcionado, vinculado al objeto del contrato, apto para analizar el rendimiento comparativo de las ofertas, no discriminatorio, y acorde con el derecho de la Unión Europea.

Ámbito ético:

- **Responsabilidad empresarial**

- *Aplicación en la ejecución del contrato de principios de responsabilidad social empresarial y de compra pública ética -«comercio justo»-. (De 0 a 0,5 puntos).*

VALORACIÓN: Con la previsión que contempla el apartado de “Plan social”, respecto de una responsabilidad empresarial genérica, la de la propia empresa, al margen del contrato, negada por la propia Directiva; el supuesto analizado pone el foco de atención en la aplicación al contrato de los principios de responsabilidad empresarial, como el comercio justo, la igualdad de condiciones entre la mujer y el hombre, la contribución al desarrollo sostenible y la creación de empleo, entre otros.

El criterio de la muestra, en exceso vago y genérico, no permite una correcta valoración comparada de las distintas ofertas, si bien, está vinculado al objeto del contrato, con desigual intensidad, casi siempre indirecta, no resulta discriminatorio, es proporcionado y es conforme con esa perspectiva social que mantenemos.

Resulta reprochable, no obstante, la concentración en un solo criterio de adjudicación de una amalgama no definida de diferentes características de la responsabilidad social, sin establecimiento de pesos y, por todo ello, afectado por la subjetividad de quién valora. Debilidades solo corregidas por la exigua puntuación de hasta 0,5 puntos.

- **Comercio ético:**

- *Cantidad económica destinada anualmente a la compra de productos de comercio justo. De 0 a 5 puntos.*

VALORACIÓN: Vale el comentario realizado al criterio anterior del que forma parte el caso de este apartado. No solo respecto del comercio justo, cuya pertinencia no se discute, aunque el beneficio sea indirecto para el órgano de contratación, sino también respecto de la mínima valoración que se da al criterio. Si no fuera porque se trata de uno, entre varios, que ya han sido tratados o van a serlo en sus correspondientes apartados (plan social, estabilidad, conciliación, prevención, igualdad, responsabilidad empresarial, y de minimización del impacto medioambiental), parecería escasa la tendencia social del contrato, y sin embargo contiene toda una pluralidad de características sociales y medioambientales, como solo el Ayuntamiento de Valladolid, en su contratación del servicio de ayuda a domicilio, es capaz de agrupar.

### Ámbito de la innovación

- **Innovación:**

- *Propuesta de innovación tecnológica<sup>857</sup>, cultural, social y ambiental para la mejora de la eficiencia de las prestaciones objeto del contrato.*

<sup>857</sup> Ayuntamiento de Nájera (La Rioja). Convocatoria de 16-07-2019. Contrato de servicios para la comunidad que tiene por objeto la gestión integral de la escuela infantil de primer ciclo "Reina Estefanía" de Nájera; 428.815,96 euros

VALORACIÓN: Como ya se ha apuntado, la innovación ha de servir de elemento dinamizador de la economía para conseguir el máximo rendimiento de los fondos públicos, en sectores estratégicos, tales como las nuevas tecnologías, la salud o el medio ambiente, y como bien señala HERNANDO, consultando el mercado antes de la licitación.

La innovación, decíamos, no es una característica estratégica más, como son los aspectos sociales y medioambientales, sino un proceso inductivo, favorecedor de la investigación y el desarrollo, para obtener bienes y servicios más eficientes.

El supuesto de la muestra responde a esta naturaleza primando, mediante valoración, el ingenio, la novedad y los nuevos enfoques de características sociales y medioambientales para conseguir una mayor eficiencia de los fondos públicos. En este sentido, se da un paso más en el concepto de “bondad de lo social”, *per se*, para situarnos en un plano superior que valora la innovación como medio para conseguir una mayor eficiencia.

Nada que objetar a esta cláusula, que dice sí a lo social, pero no a cualquier precio, sino al más rentable. Si bien, se echa de menos un mayor desarrollo que añada transparencia y seguridad jurídica en el proceso de valoración.

#### Ámbito de la calidad de servicio

- Certificaciones de calidad
  - *5 PUNTOS, por la acreditación mediante certificado 858, de la implantación de un sistema de gestión de la calidad según UNE-EN ISO 9001:2000 con alcance al diseño y el desarrollo, la producción, la comercialización y la instalación de equipamiento deportivo, la comercialización y la instalación de pavimento de construcción, pavimento deportivo y césped artificial.*

<sup>858</sup> Ayuntamiento de Griñón (Madrid). Convocatoria 28-06-2018. Obra de sustitución del pavimento del Campo de Fútbol Municipal La Mina. PBL sin impuestos 218.935,21 euros.

- o *5 PUNTOS, por la acreditación mediante certificado de un sistema de gestión de la calidad medioambiental según UNE-EN ISO 14001:1996 con alcance al diseño y el desarrollo, la producción, la comercialización y la instalación de equipamiento deportivo. La comercialización y la instalación de pavimento de construcción, pavimento deportivo y césped artificial y el mantenimiento de instalaciones de césped.*

VALORACIÓN: Hemos distinguido en esta Memoria entre requisitos mínimos o criterios de capacidad técnica y económico-financiera, y los medios de acreditación tasados, comprendidos en los arts. 87 a 91 de la LCSP 2017. Hemos dicho también que estos certificados solo sirven como medio de acreditación de cumplimiento de las normas correspondientes, pero no constituyen medio sustantivo material de determinada solvencia técnica.

Recientemente el TACRC, reexaminando su propia doctrina, se refiere a la posibilidad de configurar un certificado ISO como criterio de adjudicación, y llega a la conclusión de que para su admisión, se precisa de una clara vinculación al objeto del contrato, considerando su carácter intrínseco para evaluar el rendimiento comparativo de las ofertas, sin que sirvan referencias genéricas a los procesos productivos de las empresas. Es decir, el criterio requeriría de una adaptación singular del modelo de gestión de la calidad, en este caso ISO, a la prestación objeto del contrato.

Pues bien, del enunciado de ambas cláusulas no se colige la adaptación que se precisa de requisitos de gestión de la calidad al objeto del contrato, sino que es la mera posesión de la certificación ISO por el licitador, con implantación en la actividad de la empresa, la que es valorada como criterio de adjudicación. Falta, en consecuencia, el deslinde requerido entre elemento sustantivo (aspecto cualitativo de la oferta vinculado al objeto del contrato) y medio de acreditación (certificación ISO 9001 o 14001). Al prescindir del primero, la mera posesión de ambas certificaciones debe considerarse inadecuada al fin que se pretende.

## 2) Inclusión de criterios de desempate explícitos

De la muestra extraemos algunos de los criterios de desempate explícitos más significativos:

- *En tercer lugar, la licitadora que en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumpla con los principios de igualdad de trato y de oportunidad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo establecido en la LO 3/2007.*
- *Preferencia mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad.*
- *Plantilla de trabajadores minusválidos no inferior al 2%, preferencia mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad, ante un nuevo empate, medidas para la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.*
- *Empresas que incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.*
- *Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, menor porcentaje de temporales en la plantilla, mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla, Sorteo.*
- *Discapacidad, temporales en plantilla, mujeres, sorteo.*

VALORACIÓN: Solo un pequeño porcentaje de la muestra, concretamente el 10 por ciento, introducen supuestos de desempate, y en algunos casos se repiten miméticamente los enunciados con carácter subsidiario en el art. 147.2 de la LCSP 2017 (Discapacidad, temporales en plantilla, mujeres, sorteo).

Todos los supuestos sometidos a revisión encajan sensiblemente con los previstos en el citado artículo. Recordemos que están concebidos como subsidiarios del proceso de valoración, con diferente naturaleza de los criterios de adjudicación, ya que se refieren a las características de las empresas y de sus plantillas, con independencia de si los trabajadores que computan para desempatar, trabajarán o no al servicio del contrato.

### 3) Definición de oferta con valores anormales

- *Se rechazará la oferta anormalmente baja por incumplimiento de normativa sobre subcontratación, medioambiental, social o laboral, incluso los convenios sectoriales vigentes.*

VALORACIÓN: De la muestra, tan solo un contrato contiene la previsión de ofertas anormalmente bajas, y resulta redundante del contenido del art. 149.4 de la LCSP 2017.

Como conclusión de esta fase de adjudicación, se extrae:

- No está suficientemente arraigada la perspectiva social y medioambiental como herramienta estratégica de la contratación pública. Una de las más interesantes posibilidades de inclusión, como criterios de adjudicación, no acaba de despegar, siendo todavía pocos, alrededor de la mitad de la muestra, los órganos de contratación que se atreven a valorar estos aspectos, que no restringen la libre competencia.
- De los órganos que sí introducen este tipo de criterios, solo unos pocos (Madrid, Valladolid, Avilés, Logroño, Nájera ...) formulan aquéllos que presentan mayor dificultad (condiciones de trabajo, estabilidad y empleabilidad), por el riesgo de su revisión por los TARCs.
- Entre los órganos de contratación de las tres administraciones territoriales, destacan los correspondientes a la Administración Local, por la riqueza de su casuística social y medioambiental en varios segmentos poblacionales.
- Salvo algunas excepciones, la mayor parte de los criterios aquí recogidos son poco transparentes, presentan una redacción ambigua y necesitada de un mínimo desarrollo que garantice su objetividad.
- A modo de contrastación con las conclusiones extraídas de la muestra, traemos a colación el Informe relativo a la contratación pública en España-2017, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Así, podemos observar determinadas áreas de coincidencia cualitativa, tales como la falta de criterios, su ambigüedad, la dificultad en definir criterios



de tipo social, junto a la presunción de carecer de personal formado, como hemos puesto de manifiesto a lo largo de varios pasajes de la Memoria. Si el foco lo ponemos en indicadores cuantitativos, nos encontramos que el sector público local lidera el número de procedimientos de contratación pública con criterios de responsabilidad social<sup>859</sup>, ligeramente por delante del sector público autonómico y bastante alejado del estatal. No obstante, hemos de tener en cuenta, como factor de corrección, el mayor número de órganos de contratación y también de procedimientos tramitados en los sectores autonómico y local.

**NÚMERO DE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA QUE INCLUYEN CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL.**

	LCSP			TOTAL
	SP Estatal	SP Autonómico	SP Local	
Número de procedimientos de contratación pública con criterios de responsabilidad social	1.626	3.516	3.637	8.779

- Si nos referimos a los criterios de Innovación, con un único caso en la muestra analizada, hacemos nuestra la conclusión del informe de la JCCPE, en la que se constata el inconveniente de las empresas para definirlos en sus ofertas, debido a la dificultad de relacionar la innovación con el objeto del contrato. Su inclusión supone limitar mucho la concurrencia, especialmente en el acceso de las PYMES. Definitivamente, se restringen a universidades o grupos de investigación reducidos.
- En el ámbito de la contratación ecológica, los tres sectores, estatal, autonómico y local se muestran parejos en el citado informe, si bien, en

<sup>859</sup> La obtención de datos relativos a contratación pública socialmente responsable, en el citado informe, se ha realizado atendiendo a la definición del concepto como aquella contratación que tiene en cuenta una o varias consideraciones de orden social para promover objetivos sociales, abarcando, por tanto, un amplio espectro de consideraciones de orden social tales como las oportunidades de empleo, la inclusión social, la igualdad de oportunidades o la accesibilidad, entre otras muchas.

este caso, se invierten los valores, superando en volumen de contratación *verde* el sector autonómico. No ocurre lo mismo en la muestra analizada, pues aunque existe coincidencia en la cercanía de los valores, es de nuevo la Administración Local<sup>860</sup>, la que muestra su ventaja frente a los sectores autonómico y estatal. Pese a todo, solo 16 procedimientos incorporan criterios de adjudicación de carácter medioambiental, un número muy pequeño si tenemos en cuenta una mayor predisposición de la doctrina y de la jurisprudencia a su inclusión por la mejor vinculación al objeto del contrato. Una vez más, consideramos que la falta de profesionalización del personal al servicio de las unidades proponentes y gestoras de la contratación incide decisivamente en el objetivo de lograr una compra pública ecológica.

- En general, la valoración jurídica realizada a la luz de la doctrina administrativa, especialmente de los TARC y de la jurisprudencia, denota una posición bastante conservadora de los órganos de contratación, no asumiendo mayores riesgos al optar por cláusulas que no presentan especiales diferencias con los criterios comúnmente aceptados. Esta posición tiene la ventaja de justificar la perspectiva social y medioambiental a través de la contratación pública, requerida por el legislador y la sociedad, y no arriesga el objeto “principal” del contrato (obra, suministro o servicio) ante una eventual impugnación de aquéllas. Por el contrario, este enfoque “timorato” y poco arriesgado hacia la capilarización de lo estratégico, influye negativamente en la proyección del establecimiento de políticas complementarias de las previstas por la acción de fomento de las Administraciones Públicas.

<sup>860</sup> Téngase en cuenta, el sesgo de la muestra analizada, que de un lado, aporta 60 de los 100 procedimientos, y de otro, es más sensible a las carencias que, todavía hoy, presentan los casos estudiados.

## 1.4. Fase de ejecución

### 1) Establecimiento de la condición especial de ejecución obligatoria.

Recordemos la menor dificultad de aplicación que presentan las condiciones especiales de ejecución, frente a similares características, sociales, medioambientales o de innovación, establecidas mediante criterios de adjudicación. Y decíamos, ello es debido a la evaluación del rendimiento comparativo de las ofertas que requiere la correcta aplicación de las primeras. Optábamos, igualmente, por evitar discriminaciones a efectos de su cumplimiento, y recomendábamos ser especialmente cuidadosos en no alterar el valor estimado del contrato con su imposición.

Junto con la anterior desarrollada, esta fase toma un importante protagonismo a raíz de la inclusión obligatoria de una condición especial de ejecución, de carácter social, medioambiental o relacionada con la innovación. Sin embargo, no todos los contratos la incorporan; un 19 por ciento de la muestra no contempla ninguna condición especial del tipo que analizamos, y en otros casos se limitan a hacer copia literal del listado no exhaustivo de las finalidades que contiene el art. 202 de la LCSP 2017.

Advertíamos también de que nos encontramos con una amalgama de patologías consistentes en la vulneración del principio de no discriminación, la falta de vinculación al objeto del contrato y del requisito objetivo, sustituido por una certificación o etiqueta, de tipo social o medioambiental.

Siguiendo el mismo método, entre las propuestas por los diversos órganos de contratación, extraemos las siguientes más significativas a efectos de su valoración legal, doctrinal y jurisprudencial:

#### Ámbito de la innovación

VALORACIÓN: Hemos visto, como al analizar el único supuesto de la muestra que se establece como criterio de adjudicación, la innovación se comporta como medio para conseguir una mayor eficiencia y, en este sentido, se echa de menos algún supuesto en la fase de ejecución. Pero esto, no ha sido posible, lo que viene a demostrar el poco interés de la acción innovadora, prácticamente limitada los procesos tecnológicos, de los poderes adjudicadores en el ámbito de la contratación pública, fundamentalmente por desconocimiento de sus posibilidades, ya sea a través del nuevo procedimiento de asociación para la innovación, ya sea a través del diseño del componente social y medioambiental del contrato. Aspecto este último de especial relevancia, por cuanto en la medida que delimita y define el objeto del contrato, hace más fácil la vinculación de los criterios de adjudicación y de las condiciones especiales de ejecución.

#### Ámbito medioambiental

- **Reducción de emisiones**

- *Cumplimiento de la política medioambiental de las UCO, sin especificar.*
- *Adopción de medidas que atenúen el ruido, que reduzcan la contaminación atmosférica, evitando la producción de polvo en el ambiente y emisiones CO2.*
- *Productos procedentes de circuitos de proximidad. Con la finalidad de minimizar las emisiones de dióxido de carbono y de gases de efecto invernadero, como mínimo, un 30 por 100 de productos, sobre el total del precio de adjudicación, sean de "km 0"; entendiéndose como tales aquéllos alimentos producidos a menos de 200 km de las instalaciones de la empresa donde se realiza la elaboración de la comida.*

VALORACIÓN: Amén de la ambigüedad, falta de claridad y desarrollo que caracterizan los dos primeros supuestos, incompatibles primero con la vocación instrumental y estratégica del contrato, y segundo, con el efectivo cumplimiento de la misma; nos centramos en el tercero de los recogidos, que nos habla de proximidad, para indicar que presenta a priori cierta dificultad de vinculación al objeto del contrato y a los principios que rigen el derecho

europeo, especialmente los de libre competencia y no discriminación. Recordemos que, después de analizar la doctrina y la jurisprudencia existentes, concluíamos diciendo que el punto de equilibrio entre proximidad, ahorro de energía, y potenciación de la economía local, de un lado, e igualdad de trato, de otro, está en la decisión de incorporar cláusulas verdes no abusivas, de modo que todos tengan acceso a los productos, transporte e instalaciones que precisen los servicios o suministros, en condiciones de igualdad. Sin embargo, el caso analizado presenta un requisito de amplios márgenes en la definición de Km 0, como es el de producción de alimentos a menos de 200 Km, y por ello no se considera un gravamen económico excesivo ni intolerable.

- **Mantenimiento o mejora de los valores medioambientales**

- *Además tendrá que adoptar las medidas necesarias para evitar la contaminación de cauces y de posibles acuíferos por efecto de los combustibles, aceites o cualquier otro material que pueda ser perjudicial.*
- *Cuando en la ejecución del contrato se utilicen vehículos o maquinaria, se ha incorporar al menos uno híbrido, eléctrico o a gas natural, siempre que sea posible. Todo el papel que se emplea para documentar trabajos relacionados con el servicio, deberá tener sello FSC (Forest Stewardship Council, Consejo de Administración Forestal) o certificación equivalente<sup>861</sup>.*
- *Los vehículos asignados al servicio deberán tener una antigüedad máxima de 7 años en el momento de iniciar la ejecución del contrato<sup>862</sup>.*
- *El adjudicatario deberá justificar que la maquinaria a utilizar cumple los requisitos de minoración en consumo de energías, ruidos y aguas<sup>863</sup>.*
- *Adopción de medidas concretas para conseguir un ahorro en el consumo de agua y de energía en los espacios del contrato.*
- *La eficiencia energética, la mínima generación de residuos y la reutilización o reciclabilidad de los recursos utilizados en la prestación del servicio.*

<sup>861</sup> Ayuntamiento de Madrid, Obras para dotar de agua regenerada de las zonas ajardinadas del distrito C . Las Tablas, PBL sin impuestos: 1.498.734,76 euros.

<sup>862</sup> Ayuntamiento de Arucas, Realización del servicio de transporte adaptado a los usuarios del Centro de Estancia Diurna para Mayores, así como a los usuarios del Centro Ocupacional de Arucas. PBL sin impuestos: 776.524,66 euros.

<sup>863</sup> Ayuntamiento de San Sebastián de Los Reyes, Servicio de cafetería - restaurante, bares y puestos de helados del polideportivo municipal Dehesa Boyal. PBL, sin impuestos: 375.000,00 euros.

VALORACIÓN: El común denominador de estas condiciones de ejecución es, una vez más, la falta de claridad y la ambigüedad de la mayor parte de las enunciadas. Expresiones tales como “medidas necesarias”, “siempre que sea posible”, “requisitos de minoración en consumo de energías, ruidos y aguas”, “adopción de medidas concretas...”, “la mínima generación de residuos”; no contribuyen a evitar la desigualdad en el trato y la discriminación entre licitadores que pueden “sospechar” que el contrato tendrá dificultades de cumplimiento o, por el contrario, será más laxo en su ejecución. Por otra parte, tendrá efectos sobre las tareas de seguimiento y ejecución, que se verán obstaculizadas por la falta de indicadores de medida. La consecuencia de todo ello será lo contrario de lo que se ha pretendido, esto es, que la introducción estratégica de cláusulas medioambientales de carácter obligatorio, no son útiles para el mantenimiento de unos valores medioambientales dados o, en su caso, recuperación de los mismos.

Aparte de estas condiciones ambiguas y poco transparentes, el requisito de posesión de un sello medioambiental o su equivalente, para sustituir la falta de definición de la condición, nada puede acreditar, sino que se precisan fijar las características de la condición de ejecución y luego, si así se pide, acreditarlas mediante un sello o certificación medioambiental, cuyo contenido es genérico, basado en un modelo de calidad, de aplicación a la empresa licitadora y no al contrato.

La única condición de la casuística incorporada que cumpliría los principios de no discriminación, igualdad de trato y vinculación al objeto del contrato, es aquella que obliga, sin oscurantismos, a que los vehículos asignados al servicio deben tener una antigüedad máxima de 7 años.

- **Fomento de energías renovables**

- *Una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción de reciclado de productos y el uso de envases*

*reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.*

VALORACIÓN: De nuevo un enunciado rico en características medioambientales, precisamente las enunciadas en el art. 202 de la LCSP, que no tiene el efecto útil. Este listado, no exhaustivo, requiere de un mínimo procesado para establecer la medida o el requisito concreto, objetivo, vinculado al objeto del contrato según lo delimitan sus especificaciones técnicas, y medible para un eficaz cumplimiento durante la ejecución del contrato. Al no haberse establecido así, la condición seleccionada carece de contenido comportándose como un desiderátum, que no contribuye a estrategia alguna medioambiental. Téngase en cuenta que, como ya se ha dicho, no se trata de un listado de condiciones de ejecución directamente operables, sino más bien de finalidades que pueden alcanzarse a través de ellas, necesitadas de concreción y aplicación al caso concreto.

- **Reciclado**

- *Durante la ejecución del contrato, cualquier necesidad de retirada y depósito de basuras, embalajes, papeles, restos orgánicos, etc.. deberán ser depositados en los contenedores, mas cercanos.*
- *En todos aquellos trabajos incluidos en el Plan de Promoción que implican suministro de papel, como son tanto la edición de carteles promocionales como la de folletos informativos, éste sólo podrá ser de dos tipos: reciclado, con un mínimo 85% de fibras reutilizadas y con proceso de blanqueado completamente libre de cloro, o de fibra virgen procedente de bosque de gestión sostenible.*
- *En papel 100% reciclado, blanqueado mediante procesos libres de cloro, con un nivel de blancura entre el 70 y el 90%<sup>864</sup>.*

VALORACIÓN: La casuística que recoge este apartado responde sin ambages a los requisitos señalados en el art. 202 de la LCSP 2017. Están vinculadas al objeto del contrato, se relacionan con él, no son discriminatorias, pues cualquier adjudicatario tiene a su disposición los materiales o los

<sup>864</sup> Ayuntamiento de Logroño, *Instrucción 1/2018 en materia de Contratación pública ...*

servicios necesarios para su cumplimiento, son compatibles con el derecho comunitario y, en todos los casos se han indicado en los anuncios de licitación y en los pliegos.

Si en el apartado anterior de “Fomento de energías renovables”, decíamos que la condición analizada requería de un mínimo procesado para establecer la medida del requisito y que, al no hacerlo, parecía más un deseo que una realidad; en este apartado es todo lo contrario. Los datos son concretos, se establecen porcentajes, se objetiva la medición y, por tanto, la comprobación, y donde no se hace, pese a su simplicidad, como es el caso del depósito de residuos, se da una orden clara y concisa para que sean depositados en los contenedores más cercanos.

- **Productos a granel y producción ecológica**

- *Los productos de limpieza (jabones, lejías, abrillantadores, ceras, desinfectantes, limpia cristales, limpia metales etc.) deberán cumplir los criterios ecológicos exigidos para la concesión de la etiqueta ecológica vigente en cada momento. Los productos de higiene (papel higiénico, papel seca manos y jabón de manos) deberán cumplir los criterios ecológicos exigidos para la concesión de la etiqueta ecológica comunitaria vigente en cada momento. En el caso de productos marcados con la etiqueta ecológica de la Unión Europea, bastará con aportar las oportunas certificaciones o informe técnico del fabricante que acredite el cumplimiento de la norma.*
- *Al menos un 75% de los materiales suministrados en la obra se realizará en recipientes reutilizables o a granel. Recuperación o reutilización de los envases de los materiales suministrados a obra, a cargo del Contratista. Reutilización de al menos un 15% de los productos de desecho producidos por la ejecución de las obras.*
- *El adjudicatario procurará utilizar durante la ejecución del contrato productos envasados en recipientes hechos con materiales reciclables o reutilizables y utilizar mayormente, siempre que sea posible, productos a granel.*

VALORACIÓN: También en este apartado puede hablarse de vinculación o sujeción al objeto del contrato en el sentido previsto por el art. 202, en relación



con el art. 145.6, ambos de la LCSP 2017. Igualmente el resto de los requisitos citados en la revisión anterior. Sin embargo, encontramos algunas diferencias que dan sustento a este comentario.

Ya hemos dicho que las certificaciones de calidad y sellos medioambientales no sirven para sustituir al requisito, y se precisan fijar las características de la condición de ejecución. Pues bien, en el primero de los casos hay una referencia genérica a los productos de limpieza y de higiene, y se dice sobre ellos que deberán cumplir con los requisitos que exige la norma correspondiente para la obtención de la etiqueta comunitaria vigente en cada momento, bastando con aportar las oportunas certificaciones. Es evidente que no se fijan las características de los productos, pero también lo es la referencia expresa y coincidente con los requisitos que fueron necesarios para que el organismo certificador concediere a la empresa titular del producto la etiqueta correspondiente, en este caso interpretamos la Ecolabel europea. Mejoraría bastante la descripción de la condición introduciendo en su texto los requisitos expresos de los productos, acreditados con la presentación de la certificación o etiqueta. De este modo, los órganos de contratación, sin necesidad de exigir la etiqueta como tal, que puede contener requisitos no vinculados al objeto del contrato, podrán definir, como dice el art. 127.2, in fine, de la LCSP 2017, las prescripciones técnicas por referencia a especificaciones detalladas de esa etiqueta.

De otro lado, el gran inconveniente que presenta el segundo supuesto es el de su control. La medida es concreta, pero requiere de un especial seguimiento por el responsable del contrato o la Unidad encargada de esta función para que la condición no sea una mera declaración de intenciones.

Finalmente, el tercer supuesto, adolece de la ambigüedad que venimos criticando, favorecedora del trato desigual, el que se da en la diferencia del conocimiento por los licitadores del nivel de exigencia que practica el órgano de contratación en la ejecución de las tareas a realizar. Esta indefinición, favorece igualmente una fácil elusión de las obligaciones del contratista. La

condición de ejecución debe ser clara, firme e indubitada, para que la finalidad social o medioambiental perseguida se obtenga realmente. Lo demás, como hemos venido sosteniendo, forma parte de un “folleto informativo”, o de un relato vano. Y siendo así, las posibilidades de que prospere una eventual resolución del contrato, por la consideración de obligación esencial, o de la imposición de penalidades, resultan mínimas.

### Ámbito social

- **Personas desfavorecidas**

- *Las nuevas contrataciones por sustituciones temporales y/o vacaciones serán en un 10% cubiertas por personas en riesgo de exclusión social.*
- *El personal que se necesite tras el inicio del contrato deberá encontrarse en situación legal de desempleo por tiempo superior a 6 meses.*
- *Se considerarán condiciones especiales de ejecución de carácter social los compromisos expresos que, al respecto, haya adquirido la entidad adjudicataria en el “Plan social para la ejecución del contrato”, así como las mejoras que ha presentado en su oferta, cuyo incumplimiento será causa de penalización y, en su caso, resolución del contrato<sup>865</sup>.*
- *Creación de empleo para personas con dificultades de acceso al mercado laboral: emplear en la plantilla que ejecute el contrato al menos 232 horas con personas con dificultades de acceso al mercado laboral, preferentemente las que proceden de los programas de incorporación y acompañamiento laboral del Ayuntamiento de Avilés<sup>866</sup>*

VALORACIÓN: Casuística variada, que no encuentra dificultad para vincularse al objeto del contrato, tampoco se aprecia vulneración del principio de publicidad, son proporcionadas y no discriminatorias las correspondientes a sustituciones temporales o vacaciones, cubiertas en un 10 por ciento por personas en riesgo de exclusión social, o el encontrarse en situación legal de desempleo por tiempo superior a 6 meses; es garantista la condición que se

<sup>865</sup> Ayuntamiento de Valladolid, Contratación del servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Valladolid.

<sup>866</sup> Ayuntamiento de Avilés, Ejecución de obras definidas en el Proyecto de renovación de firmes en paseos de varios parques de Avilés.

establece sobre la base del cumplimiento de compromisos ofertados para ser valorados como criterios de adjudicación, pese a lo innecesario de su tratamiento como tal, pues el régimen de penalidades puede asociarse directamente al incumplimiento de la oferta presentada, sin necesidad de convertirla en una condición de ejecución. Pero no resulta admisible, como ya se ha avanzado en el apartado que estudia los criterios de adjudicación en el ámbito social, el trato preferente otorgado a favor de las personas con dificultades de acceso al mercado laboral, que procedan de los programas de incorporación y acompañamiento laboral del Ayuntamiento de Avilés, pues elude la posibilidad, al menos no preferente, de su captación en los servicios de empleo autonómicos. Una condición equivalente podría tomarse en consideración de haberse admitido la participación en otros programas similares al del propio Ayuntamiento.

- **Igualdad entre hombre y mujer**

- *Eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo. Si la empresa adjudicataria cuenta con una representación de mujeres en la plantilla asignada a la obra desequilibrada, deberá realizar durante la ejecución del contrato o bien al menos una nueva contratación de mujer, o bien transformar al menos una contratación temporal de mujer ya existente en contratación indefinida. Se entenderá por plantilla desequilibrada aquella que cuenta con una representación o presencia de mujeres inferior al 40 por ciento del total de la misma.*
- *La adjudicataria acreditará el establecimiento de un sistema de horarios flexible que favorezca que tanto mujeres como hombres puedan conciliar su vida personal y familiar. Asimismo, acreditará la programación de sesiones de sensibilización para que el personal desarrolle actitudes igualitarias y avance en la ruptura del rol de género.*
- *Disponer de un plan de conciliación de trabajo y vida familiar visado (si esta condición ya fuera obligatoria según la legislación vigente, no computará), disponer de un plan de igualdad visado.*
- *La contratista ha de garantizar lenguaje no sexista, que no se atente contra las personas de diversidad funcional.*

- *Elaboración de informe, por la adjudicataria, de impacto de género en relación con la ejecución del contrato, con indicadores y datos desagregados por sexo.*
- *Existencia de un Plan de Igualdad específico, en el que detalle las políticas de igualdad de la empresa en cuanto a: salud laboral, retribuciones, acceso al empleo, clasificación profesional, calidad, estabilidad laboral, duración y ordenación de la jornada laboral, y cualquier otro que proponga el licitador*<sup>867</sup>.
- *Uso no sexista del lenguaje, la elaboración de informe de impacto de género en relación con el contrato, medidas de conciliación de la vida personal y laboral de los trabajadores adscritos, el mantenimiento de plantillas durante la ejecución del contrato y la formación profesional en el puesto de trabajo*<sup>868</sup>.

VALORACIÓN: El primero de los supuestos agrupados bajo esta rúbrica de igualdad, es un buen ejemplo de distinción entre las finalidades, sociales o medioambientales, a las que se refiere el art. 202 de la LCSP 2017, “*eliminar desigualdades*”, y la característica convertida ya en condición de ejecución, concreta, medible y vinculada con el objeto del contrato, al referirse a las trabajadoras que empleará el “contrato”. El segundo, algo más inconcluso, guarda relación con el objeto del contrato, pero requeriría de cierta proactividad por el órgano de contratación al fijar acciones de sensibilización en genérico, sin propuestas concretas en calidad e intensidad. Además, la fijación de un sistema de horarios flexible debe buscar un equilibrio entre ejecución de las prestaciones contratadas y conciliación laboral y familiar, y esto ha de haberse analizado con anterioridad, en el diseño de las prescripciones técnicas, pues de otro modo pasaría a engrosar la categoría de “*folleto informativo*”.

La disposición de un plan de igualdad, al que se refiere el tercer supuesto, podría parecer a priori discriminatoria, por cuanto solo resultaría obligatoria para las empresas que no estando obligadas a tenerlo, han de disponer de él, si resultan adjudicatarios del contrato. Pero además, la pertinencia de esta condición queda igualmente en entredicho cuando se refiere a una condición

<sup>867</sup> FEMP, Creación de materiales didácticos e impartición de acciones formativas e-learning PBL sin impuestos, 185.950,00 euros.

<sup>868</sup> Comunidad de Madrid, Gestión de plazas en alojamiento protegido y piso semiautónomo para mujeres en situación abandono de la prostitución y víctimas de trata con fines de explotación sexual, solas o con menores a cargo, convocatoria de 27-3-2018, PBL 1.080.339,22 euros.

subjetiva de la empresa, admisible en solvencia y en desempate, y no se predica o no se vincula al objeto del contrato, esto es, respecto de los trabajadores adscritos a la prestación. Por tanto, en ambos casos, tanto si se tiene Plan, como si se carece de él, lo adecuado es el establecimiento de medidas de igualdad de género adaptadas a la ejecución del contrato, y como quiera que la condición de ejecución no es ofertable, sino diseñada por el órgano de contratación, se echa de menos esa definición. Un buen ejemplo de lo que decimos, se contiene en el penúltimo supuesto (plan de igualdad específico). Como alternativa, la condición hubiera podido establecer algún estándar superior de cumplimiento de un plan de igualdad, de afectación igualitaria a ambos tipos de empresas, las que lo tienen y las que no.

Respecto del quinto supuesto, debería haberse desarrollado por el órgano de contratación, para mejor comprensión y seguimiento, la elaboración de informe de impacto de género en relación con la ejecución del contrato, así como introducido algunos ejemplos de indicadores cualitativos y cuantitativos a emplear.

El último de los supuestos incluidos en el apartado, presenta la tara de asociar condición de ejecución y finalidad, necesitando de concreción y aplicación al caso concreto. Se incluyen varias finalidades que no atienden a un proceso lógico de concreción y seguimiento. Todas ellas están relacionadas, naturalmente, con el objeto del contrato, pero no pueden aplicarse directamente con un mínimo de acierto y, sobre todo, garantizando la consecución de resultados.

- **Empleo**

- *El contratista responderá de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas.*
- *Ejercer el poder de dirección inherente a todo empresario. Cumplimiento de obligaciones fiscales y de protección del medio ambiente*
- *La empresa contratista procurará que exista estabilidad en el equipo de trabajo.*

- *Mantenimiento de la plantilla. Igualdad entre hombres y mujeres, uso no sexista, prohibición de utilizar domicilios fiscales incluidos en paraísos fiscales.*
- *Abono de salarios según convenio colectivo de aplicación a lo largo de toda la ejecución del contrato.*
- *El contratista deberá acreditar que al menos el 30% sobre el total de los trabajadores afectados por el contrato gocen de estabilidad laboral.*
- *La empresa contratista está obligada a no minorar unilateralmente las condiciones de trabajo que, en materia de jornada y salario y en términos anualizados correspondan en cada momento a los trabajadores adscritos al contrato en función del convenio colectivo que resulte de aplicación al presentar su oferta<sup>869</sup>.*
- *El adjudicatario deberá cumplir como mínimo las condiciones recogidas en los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables. Dicha condición será igualmente exigible a los subcontratistas que participen en la ejecución del contrato.*
- *El contratista deberá garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables.*
- *Continuidad del servicio de trabajadores no sometidos a subrogación.*
- *Contratar a una persona perceptora de Renta Garantizada de Ciudadanía al menos durante 8 meses al año y como mínimo al 80% de la jornada, cada uno de los años de duración del contrato.*
- *Al menos el 50% de las personas aportadas en los correspondientes equipos de trabajo dispondrán de una modalidad de contrato laboral estable.*
- *Si la mercantil adjudicataria tuviera que contratar a personal para la realización de las obras, dicha contratación deberá cumplir la finalidad primordial de combatir el paro juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración<sup>870</sup>.*
- *Les condicions laborals del sector són de compliment mínim obligatori en l'execució del present contracte<sup>871</sup>.*
- *La empresa contratista está obligada a cumplir durante todo el periodo de ejecución del contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación, si bien en todo caso, el adjudicatario estará obligado a cumplir las*

<sup>869</sup> Ayuntamiento de Eibar (San Sebastián), contratación de una entidad que gestione los servicios y actividades de las "COLONIAS de VERANO". PBL: 122.239,00 euros.

<sup>870</sup> Ayuntamiento de Aguilas, servicios auxiliares en el palacio de congresos y auditorio "Infanta Doña Elena", PBL sin impuestos: 266.410,96 euros.

<sup>871</sup> Ayuntamiento de Inca, Contracte de serveis per la implantació i manteniment de la plataforma d'administració electrònica, PBL sin impuestos: 277.325,91 euros.

*condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación*<sup>872</sup>.

VALORACIÓN: Amplia agrupación en torno al ámbito del empleo, con una importante riqueza casuística, que intentaremos sintetizar por características comunes.

Una primera división se referiría a salarios y condiciones de trabajo en general. Así, la responsabilidad del contratista respecto de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, que dado que se refiere a un contrato, bajo el ámbito de aplicación de la LCSP 2017, y es de inclusión obligatoria en el pliego, no aporta valor alguno como condición específica en el ámbito social. Otros supuestos se refieren al mantenimiento de los salarios durante la ejecución del contrato, en función del Convenio de aplicación a la presentación de la oferta, aunque a la vista de las finalidades expresadas en el listado del art. 202 citado, ha de garantizar el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables, tal y como se expresa en otros tantos supuestos al referirse al cumplimiento mínimo por parte de los adjudicatarios.

Una segunda división, hace referencia al cumplimiento de obligaciones fiscales y de protección del medio ambiente, pero no deja de ser un recordatorio que ya establece el art. 201, también citado. Como condición de ejecución aporta poco, ni siquiera tiene lectura como finalidad.

La estabilidad laboral, podría integrar otra división. La casuística se centra en un porcentaje, del 30 al 50 por ciento, cuya contratación ha de ser estable, esto es, en modalidades a tiempo parcial o completo, pero por tiempo indefinido. Sin embargo, enunciados como el que se refiere a la empresa que procurará estabilidad en el equipo de trabajo, dista mucho de ser una condición de ejecución efectiva, por su ambigüedad y dificultoso control.

<sup>872</sup> Ayuntamiento de Sóller, Explotación de los servicios de temporada en las playas del término municipal de Sóller.

Otra división vendría constituida por la continuidad del servicio de los trabajadores no sometidos a subrogación, en un intento de ampliar los límites previstos en el art. 130 de la LCSP 2017, fijados por una norma legal, generalmente el E.T., un Convenio Colectivo o un Acuerdo de Negociación Colectiva de eficacia general. Al reforzar esta situación de subrogación inicial, la condición de ejecución no sería pertinente. Recordemos que la obligación de subrogación no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, legales o convencionales, no estando vinculada al objeto del contrato.

La última división de los casos agrupados recoge finalidades atinentes a la promoción del empleo de las personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, tales como personas perceptoras de renta garantizada de ciudadanía, jóvenes y mujeres afectadas por desempleo de larga duración. En ambos casos, la condición es concreta, se habla de tiempo de contratación, duración de la jornada, y tipología de personas vulnerables, jóvenes y mujeres en paro. También es proporcionada, en un caso se cita una persona, en otro, para cubrir las nuevas necesidades de personal por encima de la estructura dedicada al contrato de la empresa adjudicataria.

- **Formación**

- *Realizar la formación específica de los Operadores en el lugar de trabajo: comprenderá tanto las necesidades especializadas de comunicación con los usuarios del Centro, como las relativas al manejo de la infraestructura tecnológica del Centro de intermediación*<sup>873</sup>.
- *Condición especial de ejecución Anexo XIII, “Social y ético”: sesión formativa inicial en materia de seguridad y salud en el trabajo, con una duración mínima de 2 horas, que mejoren la ocupación y adaptabilidad de las personas adscritas a la ejecución de este contrato.*

<sup>873</sup> Ministerio de Sanidad, intermediación telefonica para las personas con discapacidad auditiva y/o fonación, PBL sin impuestos 215.000,00 euros.



VALORACIÓN: Ambos supuestos adolecen de esa ambigüedad que se viene luciendo en la muestra, propiciadora de un difuso control y seguimiento de la prestación, vaciando el contenido de la condición establecida. Es evidente que ambas están vinculadas al objeto del contrato, ambas se encuentran entre las finalidades del art. 202, no son directa ni indirectamente discriminatorias, y ambas han tenido la publicidad que demanda el derecho europeo. Pero ambas, en mayor medida la primera, han renunciado a la necesaria concreción para ser útiles al fin de la formación en el lugar de trabajo.

- **Comercio ético**

- *Prohibición de utilizar domicilios fiscales incluidos en paraísos fiscales.*

VALORACIÓN: Desde el punto de vista de su corrección jurídica, decíamos, encontramos un mayor acomodo en este apartado de condiciones de ejecución, cuando el elemento de comparación se establecía sobre la base de una prohibición para contratar, ajena al listado exhaustivo del art. 71 de la LCSP 2017. Como obligación específica, no resulta de una limitación radical como aquella, y ofrece alternativas de cumplimiento que concilian la finalidad ética de la condición con el domicilio fiscal de la empresa. En cualquier caso, se trata de una condición con mayor dificultad de vinculación al objeto del contrato y que podría resultar discriminatoria si la empresa afectada cumple con sus obligaciones fiscales.

Como he dicho en un trabajo anterior<sup>874</sup>, *“Cuando el Parlamento Europeo pide a la Comisión que garantice que los Estados miembros no proporcionen acceso a la contratación pública a empresas que incumplan las normas fiscales de la UE; exijan la comunicación de información relacionada con sanciones o condenas por delitos tributarios a todas las empresas que postulen a contratos públicos, y sugiere que las autoridades públicas, puedan incluir una cláusula en los contratos públicos que les permita rescindir un*

<sup>874</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “Las cláusulas de Responsabilidad social en la Contratación Pública Local”.

*contrato si el proveedor incumple a posteriori las obligaciones fiscales; se está refiriendo, en definitiva, a la prohibición de contratar que afecta a las empresas que incurren en fraude fiscal, blanqueo de capitales o, en su caso, no estén al corriente de sus obligaciones fiscales; pero nunca a la mera relación, tanto de residir como operar con un paraíso fiscal, siempre que no constituya actividad delictiva, aunque esa relación pretenda desincentivarla cuando en su recomendación (67), al instar a la Comisión a crear una lista negra pública europea de paraísos fiscales, pide a las autoridades pertinentes que «prohíban el acceso a la contratación pública de bienes y servicios de la UE por parte de empresas radicadas en territorios incluidos en la lista negra y se nieguen a concederles ayudas estatales», recomendación que, en todo caso, no ha llegado a los motivos de exclusión previstos en el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE.”*

Como conclusión de esta fase de ejecución, se extrae:

- Existe un mayor arraigo de las características sociales y medioambientales en esta fase del procedimiento. Como hemos dicho, un alto porcentaje de los órganos de contratación establece condiciones de ejecución en sus contratos, por otra parte obligatorias, al menos bajo las perspectivas, social y medioambiental, que tratamos en esta Memoria.
- Siguen destacando los órganos de contratación de las Administraciones Locales, por la riqueza de su casuística social y medioambiental, y no siempre referida a las Organizaciones más grandes.
- Resulta redundante, también aquí, la cita de órganos de contratación tales como los de Madrid, Valladolid, Avilés, Logroño, que presentan formulaciones mejor acabadas y más acordes con la propia naturaleza de esta fase del procedimiento.
- Recordamos que el propósito de las condiciones de ejecución (Considerando núm. 104 de la Directiva 2014/24/UE), “es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución, esto es, no se

trata de valorar con una mejor puntuación a quien presenta una mejor oferta, sino de definir y delimitar el contenido obligatorio de la ejecutoria del contrato. Las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas. Sin embargo hemos visto, con cierta profusión, cómo una buena parte de los casos de la muestra presenta requisitos ambiguos, inconclusos, poco claros, incapaces de servir a las finalidades sociales y medioambientales previstas en el art. 202, dificultando el necesario seguimiento y control de los contratos, y con ellos el nacimiento de la falta transparencia y los conflictos de interés del personal al servicio del órgano de contratación, que participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo.

- Muy a menudo también, se confunden las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, a las que se refiere el art. 201 de la LCSP 2017, que requieren de la adopción de medidas de aseguramiento por parte de los órganos de contratación, con los requisitos objetivos fijos de cumplimiento del contrato, perdiendo la oportunidad de establecer la perspectiva social, en sentido amplio, en la fase de ejecución del contrato. Tengamos en cuenta, que las condiciones de ejecución no son los requisitos mínimos de cumplimiento obligatorio delimitados por las especificaciones técnicas, tampoco pueden afectar a la evaluación de las ofertas y se excluyen de los requisitos relativos a la política general de la empresa.
- El 81 por ciento de la muestra analizada contiene condiciones de ejecución, si bien, detectamos un desequilibrio importante a favor de las de tipo social, que representan el 74 por ciento, imputándose el 7 por ciento restante a las condiciones medioambientales y mixtas por iguales partes. Los datos demuestran esa menor dificultad de establecimiento frente a los criterios de adjudicación; también que las características sociales son más conocidas o requieren de una menor especialización que las medioambientales, tanto por su definición, como por su control y seguimiento. Finalmente, existe una tendencia avalada por la doctrina y la jurisprudencia que “reconduce” la

integración de las cláusulas sociales y medioambientales a la fase de ejecución del contrato, limitando la exposición al “riesgo” que de suyo comporta su establecimiento en la fase de adjudicación. Esta Memoria tiene el propósito de contribuir humildemente a la reversión de esta situación.

- Por Administraciones, la mitad de los procedimientos de ejecución corresponden a la Administración Local, siguiendo a distancia los correspondientes a la Administración Autonómica con 18 procedimientos y la Administración General del Estado con 13. Si bien, ha de tenerse en cuenta, como hemos dicho, el sesgo de la muestra analizada, dado el mayor número de órganos de contratación y procedimientos procedentes de la Administración Local.
- En definitiva, estamos todavía lejos de internalizar el potencial de las condiciones de ejecución estratégicas, tanto en la relación directa con el contratista como en la que éste mantiene con sus subcontratistas, más allá de la cumplimentación formal de una obligación, a menudo ambigua e inconclusa, incapaz de servir a una o varias de las finalidades públicas que recoge el art. 202 de la LCSP 2017. Estamos igualmente lejos de que sirvan a esa capilarización ejemplarizante, cuando se establecen por subcontratistas y proveedores en sus subsiguientes relaciones comerciales.
- Y, de nuevo, la solución a los problemas de aplicación de la normativa, deberían centrarse en la capacitación de los profesionales aplicadores y gestores de la misma. Falta especialización, y la adquisición de competencias habilitantes, para establecer en los pliegos condiciones especiales de ejecución, especialmente de carácter medioambiental, no de cualquier manera, sino como requisitos objetivos, vinculados al objeto del contrato, no discriminatorios, compatibles con el derecho comunitario y publicitados.

## 1.5. Fase de supervisión

Ya nos hemos referido en el Capítulo XI a la función de control, como la asignatura pendiente de los órganos de contratación. Importa, sobremanera, la ejecución del objeto del contrato, esto es, la visibilidad de lo que se quiere construir, comprar o prestar, eludiendo como sea las incidencias que puedan surgir, incluso si éstas suponen el incumplimiento, no desproporcionado o defectuoso, de su objeto. Y, hasta cierto punto, se trata de una visión “razonable” del deseo de ejecutar las políticas públicas mediante el concurso de terceros, contratistas, evitando en lo posible retrasos e impedimentos varios procedentes de un eventual y, por otra parte habitual, incumplimiento del contratista. En realidad, lo que algunos órganos de contratación consideran un ejercicio de opciones entre un cumplimiento defectuoso y una corrección exigida por los compromisos contractuales, en realidad no lo es, sino que deben exigirse las responsabilidades fijadas en los pliegos.

Pues bien, la muestra viene a demostrar un planteamiento laxo de la función de control. En primer lugar, solo 64 de los 100 procedimientos contienen algún tipo, en algunos casos muy básico, de control de la ejecución de los contratos. Por administraciones, 10 de la AGE, otros 10 de las CC.AA. y 44 de la Administración Local. En segundo lugar, una buena parte de ellos, concretamente 24, hacen una escueta referencia al art. 62 de la LCSP 2017, sin definición, o con una mínima descripción de funciones, para el responsable del contrato o, en su caso, para la Unidad encargada del control.

Veamos a continuación algunos de los ejemplos extraídos de la muestra:

Ámbito formal. Alusión al Responsable del contrato y/o en su caso a la Unidad encargada del control.

- *Las facultades del responsable del contrato serán las establecidas en el artículo 62 de la LCSP, tal y como dispone el apartado séptimo (7) de la Hoja-Resumen siendo la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato el Servicio de Gestión Económica, dependiente de la Secretaria General.*

- *La empresa designa un coordinador técnico, encargado de supervisar el correcto desempeño del personal integrante de la prestación.*
- *Posibilidad de inspección de la actividad del contratista, instrucciones para el adjudicatario.*

VALORACIÓN: En este ámbito, no encontramos determinaciones relevantes, al margen de la mera referencia al art. 62 y a las mínimas funciones de control en él previstas. En algunos supuestos se confunden las atribuciones de control con la propia empresa contratista, a la que se le encomienda la designación de un coordinador técnico, encargado de supervisar el desempeño de su propio personal. Tales referencias y atribuciones están muy lejos de servir al propósito de verdadera contribución de la perspectiva social y medioambiental de los contratos a las políticas activas en la materia, resultando de todo ello un trabajo infructuoso por ineficaz.

Ámbito substantivo. Concreción de funciones de control y supervisión, complementarias a los estándares establecidos en el art. 202 de la LCSP 2017.

- *Programa de control de calidad.*
- *Presentación, con carácter previo a la finalización del contrato, la especificación del contenido formativo y de los asistentes, así como del lugar y fecha de celebración de la sesión formativa, específicamente relacionada con la ejecución de esta obra.*
- *Acreditación de las condiciones especiales de ejecución: 2 meses antes de la finalización del contrato, la empresa debe presentar declaración responsable.*
- *Responsable del contrato: Interpretar el Pliego, Exigir medios, dar órdenes para lograr los objetivos, proponer modificaciones, tramitar incidencias Convocar reuniones para el buen desarrollo del servicio. Comprobación de pagos a subcontratistas.*
- *Verificación de CEE: La verificación de esta condición se realizará mediante la presentación del ITA (informe de trabajadores activos de la S.S) junto con los certificados que acrediten las circunstancias sociales que afectan a las nuevas incorporaciones en caso de que se produzcan La verificación de la misma se efectuará mediante la presentación de certificación ecológica para el papel a través*

*de: Ecoetiqueta Europea, Ángel Azul, Cisne Nórdico o equivalentes (papel reciclado)*<sup>875</sup>.

- *Con carácter semanal, la empresa adjudicataria presentará un parte de mano de obra firmado por los trabajadores según modelo adjunto. Se tendrán a disposición de la Dirección Facultativa, si así lo requiriese, los contratos de los nuevos trabajadores y justificante oficial de situación previa de desempleo, en su caso, así como el contrato de los indefinidos (solo se computará personal técnico, encargado, capataz, oficialías y peonaje)*<sup>876</sup>.
- *Órgano de contratación: podrá exigir, junto a la factura mensual, una certificación emitida por la representación legal de la empresa acreditativa de que se encuentra al corriente en el pago de las nóminas de acuerdo con las retribuciones fijadas en el convenio y la fecha en que fueron abonadas. Responsable del contrato: conformidad facturas, instrucciones de ejecución, interpretar PPT, exigir medios, órdenes, modificaciones, incidencias, reuniones, cumplimiento de CEE, penalidades, interlocutor, distribución de trabajos, supervisar desempeño personal contratista*<sup>877</sup>.
- *Se describen las funciones del responsable del contrato, tales como controlar la ejecución del contrato, promover reuniones, instrucciones que serán ejecutivas cuando consten por escrito y puedan afectar a la seguridad de las personas, o cuando la demora en su aplicación pueda implicar que devengan inútiles, en los demás casos el órgano de contratación. Efectivo cumplimiento de las obligaciones en materia social y medioambiental*<sup>878</sup>.

**VALORACIÓN:** El común denominador a los casos extraídos de la muestra es la verificación, generalmente a la finalización del contrato, de las acciones formativas realizadas, comprobación de pagos a subcontratistas, informe de trabajadores activos del INSS, etiquetas medioambientales, acreditados mediante certificación responsable y documentación específica.

<sup>875</sup> Ayuntamiento de Logroño. Anuncio:18-03-2020. Contratación del servicio de atención a mujeres víctimas de malos tratos y otras urgencias sociales. PBL sin impuestos 802.920,00 euros.

<sup>876</sup> Ayuntamiento de Avilés, "Ejecución de obras definidas en el Proyecto de renovación de firmes en paseos de varios parques de Avilés".

<sup>877</sup> Junta de Gobierno del Ayuntamiento de La Oliva (Gran Canaria). Anuncio: 17/04/2020. Suministro de alimentos y productos de limpieza e higiene básica. PBL sin impuestos 119.000,00 euros.

<sup>878</sup> Comunidad Autónoma de Cantabria, Consejería de Obras Públicas y Vivienda, Anuncio 20/05/2019. Nuevo puerto deportivo de San Vicente de la Barquera. PBL sin impuestos 5.183.354,31 euros.

Algunos de los supuestos, además, añaden un *plus* consistente en una verificación más temprana y continuada en el tiempo, como el parte de mano de obra, o el pago de nóminas, ya sea semanal o mensual.

En general, puede decirse que en este ámbito la función de control es más consistente y asegura de modo solvente el cumplimiento del contrato. Sin embargo, el elenco mostrado tiene carencias, pues no basta con la comprobación documental de la perspectiva social y medioambiental del contrato a través de su clausulado, ya que esto no acreditará de un modo concluyente que los trabajadores cuya nómina ha sido verificada o la acción formativa impartida, sea real y justifique, de un lado, la adscripción de los trabajadores a la ejecución del contrato, tal y como ha sido comprometida en el pliego y en la oferta, y de otro el aprovechamiento de la formación que se dice realizada.

#### Ámbito de creación de valor, con funciones de control “in situ” de las prestaciones.

- *Persona responsable de coordinar el proyecto con el adjudicatario. Las funciones del Coordinador del Proyecto serán las siguientes: Seguimiento del concurso público y del proceso de contratación del adjudicatario. Suministro de la información disponible por la FEMP siempre que sea relevante para la realización del objeto del contrato. Seguimiento y control de las actividades previstas. Interlocución con el Director de Proyecto designado por el adjudicatario. Participación en el proceso de revisión y evaluación de los trabajos*<sup>879</sup>.
- *Supervisi l'execució i comprovi si la realitza d'acord amb allò establert al contracte. Pot adoptar les decisions i cursar al contractista les ordres i instruccions necessàries per tal d'assegurar que la prestació pactada es desenvolupa correctament. El responsable del contracte serà aquell que, en tot cas, figuri a la Portada d'aquest Plec. Li correspon, per tant, dirigir i inspeccionar l'execució del contracte, i pot ser auxiliat per col·laboradors, que integrarien l'equip de direcció*<sup>880</sup>.

<sup>879</sup> FEMP, “Creación de materiales didácticos e impartición de acciones formativas e-learning PBL sin impuestos”.

<sup>880</sup> Ayuntamiento de Capdepera (Islas Baleares). Anuncio 01/12/2019. El contrato tiene por objeto la prestación del servicio de retirada, inmovilización y eliminación de vehículos. PBL de licitación sin impuestos 449.578,80 euros.



- *La persona responsable del contrato supervisará trimestralmente, el cumplimiento de las cláusulas sociales incluidas en el mismo. Emitirá un informe sobre el cumplimiento de las mismas.*

VALORACIÓN: Hemos situado estos casos en una tercera clasificación, caracterizada por una mayor creación de valor, con el ánimo de justificar un óptimo de control y seguimiento de la ejecución del contrato, pese a que ninguno de ellos merecería estar en ella completamente.

La clasificación que comentamos arranca de las limitaciones de la anterior, añadiendo un grado superior en calidad de control al realizar una verificación real, *in situ*, donde se produce la ejecución del contrato. Este modo de llevar a cabo el seguimiento del contrato garantiza, más que ningún otro, el ajuste fiel de las prestaciones a los compromisos del mismo. Por tanto, es el método más adecuado para acreditar la eficiente utilización de los fondos públicos, esto es, la mejor ejecución de la obra pública, la adquisición de un suministro o la prestación del servicio, teniendo en cuenta el cuidado del medio ambiente o las finalidades sociales que queremos imprimir.

Pero, como hemos avanzado, ninguno de los supuestos supera este estadio, pese a algunas peculiaridades, tales como el seguimiento y control continuo, la participación en el proceso de revisión y evaluación de los trabajos, o la supervisión trimestral de las cláusulas sociales, etc.; que sin embargo, no alcanzan ese superior nivel, que transita desde la muy correcta verificación documental del clausulado social a su comprobación “*a pie de obra*”.

Como conclusión de esta fase, de control y seguimiento, una vez realizado el necesario contraste entre el deber ser (atribución de competencias claras a los responsables de contrato y Unidades encargadas de su supervisión) y el ser (escasas evidencias, al menos consistentes de una función de control), se extrae:

- Nuestra hipótesis, que partía de una mejorable supervisión de los contratos, para conseguir una eficiente utilización de los recursos públicos, se confirma mediante este trabajo de campo.
- Las ineficiencias causadas por el mejorable control existente, se traduce en pérdidas de inversión pública y ganancias patrimoniales privadas.
- Lo dicho aquí, sobre algunas cláusulas, ambiguas e inconclusas, que llevan la perspectiva social y medioambiental a las fases de adjudicación y ejecución del contrato, es determinante del bloqueo que sufre la acción de control de los órganos de contratación.
- Esta acción, requiere de una mínima estructura y planificación que debe concretarse ya en el fase de ejecución del contrato, estableciendo la metodología y la organización pertinentes para que nada quede al albur o a la voluntad del responsable del contrato o, lo que es peor, de las empresas contratistas, actuando en interés propio.
- Las mejores prácticas detectadas provienen de Ayuntamientos muy comprometidos con esta contratación instrumental y con cierta experiencia en el establecimiento de las perspectivas que tratamos.
- Se necesitan soluciones en diversos ámbitos como el de la formación, la interiorización de la contratación pública como herramienta estratégica y la utilización de controles objetivos basados en datos, para conseguir una mayor profesionalización de los gestores.
- El desconocimiento y la falta de compromiso de los gestores, producen un exceso de tolerancia o relajamiento de la función de control, incompatibles con la defensa del interés público. Además contribuye a una indeseable ralentización de la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés.
- Y se precisan reformas, que veremos en el siguiente Capítulo, en el mayoritario modelo existente de órgano unipersonal de control, localizado en las Unidades proponentes.

## **CAPÍTULO XIII. De la teoría a la práctica. Implantación efectiva del nuevo enfoque social de la contratación pública en las Unidades y Departamentos de la Administración.**

Acometemos este último capítulo de la Tesis con la mirada puesta, una vez más, en la utilidad de la misma para todos aquellos poderes adjudicadores interesados no solo en conocer la correcta aplicación de la normativa vigente desde una perspectiva de innovación social y medioambiental, descartando riesgos innecesarios que pueden hacer peligrar la puesta en marcha de una obra o de un servicio, o la adquisición de un bien, sino también en implementar un servicio de contratación pública eficiente y responsable socialmente con la utilización de los fondos públicos que gestiona.

Desde este punto de vista, no es una cuestión baladí, cómo el poder adjudicador predispone sus recursos para alcanzar estos objetivos. Nos preguntamos si existe algún modo de facilitar la implementación de una contratación estratégica, real, efectiva y sin riesgos; y si esto es así, hasta qué punto merece la pena implicarse. ¿Será necesario construir una nueva estructura?, ¿tiene coste?. Son preguntas que pueden hacerse los gestores y que rápidamente pueden despejarse.

Es evidente que, desde el plano en que nosotros acometemos la eficiente implantación de una contratación estratégica no requiere de grandes operaciones de reingeniería organizativa, tampoco es el propósito de esta Memoria, cuyo principal argumento es el jurídico. Si acaso, se hace esta incursión por la vertiente organizativa de la contratación pública, es para asegurar que la introducción de cláusulas sociales y medioambientales en el proceso de contratación tenga éxito, asumiendo los inevitables riesgos consustanciales a toda estrategia de innovación social y jurídica.

Este aseguramiento del que hablamos requiere de una estrategia integrada en un plan de mejora o estratégico, en el que tras un análisis previo de detección de problemas relacionados con la falta de implantación de la perspectiva social

y medioambiental en el ámbito del poder adjudicador correspondiente, se establece un diagnóstico y, a continuación, se diseña la propuesta de mejora, comprensiva de los objetivos estratégicos y operativos indicados para la mejor implantación del plan. Tras este diseño, su evaluación y revisión, para la mejora continua del proceso.

Veamos un ejemplo:

Si un supuesto poder adjudicador, se propone como objetivo:

OBJETIVO	CONCEPTO
CONTRIBUIR A LA PROMOCIÓN DE UN MEDIO AMBIENTE SOSTENIBLE	Se quiere reducir el impacto ambiental causado por el consumo del Ayuntamiento, utilizando la contratación pública para fomentar la innovación en tecnologías, productos y servicios ambientales.

Habrán de señalarse los factores críticos de éxito, sin cuya superación no será viable la propuesta de mejora:

- El personal técnico está formado en la conservación del Medio Ambiente, en el cálculo del coste de las externalidades y del ciclo de vida útil de los productos.
- Se diseñan e implementan criterios de adjudicación y condiciones de ejecución para hacer efectivas las políticas de conservación.
- Se detectan áreas de mejora relativas a la conservación del Medio Ambiente.
- Se introduce una buena gestión del conocimiento, mediante un intercambio de buenas prácticas entre Administraciones.
- Se realizan acciones de sensibilización con empresas licitadoras.

El análisis de la información anterior permite la conversión de los objetivos estratégicos posibles en líneas de actuación o metas, fijando actuaciones concretas, basadas en herramientas e indicadores. Veamos:

Línea 1.: Visualizar la contratación como una herramienta puesta al servicio de otras políticas locales finalistas, directas e indirectas

Línea 2.: Establecer una nueva regulación en los Pliegos, sobre conservación del Medio Ambiente con el objetivo de alcanzar en 2021, que el 70 por ciento de todos los procedimientos de contratación incorporen la perspectiva medioambiental en alguna de las fases del proceso de contratación, cumpliendo los criterios básicos comunes de la compra pública ecológica (CPE) de la UE.

Línea 3.: Modificar la descripción funcional del Servicio de Contratación para incorporar la revisión de los contratos de obras y servicios, a fin de mejorar prestaciones relacionadas con la conservación del Medio Ambiente y la eficiencia energética.

Línea 4.: Realizar acciones de sensibilización con las empresas licitadoras, para dar a conocer los beneficios de las políticas de conservación del Medio Ambiente, y de su impacto en la calidad de vida de los ciudadanos, si aquéllas interiorizan los criterios fijados por el órgano de contratación.

Línea 5.: Realizar un estudio de costes que mida el impacto de la introducción de criterios conservacionistas verdes y del ciclo de vida útil de los productos, atendiendo a los beneficios sociales que representan.

A continuación, deben fijarse los recursos financieros y humanos, atendiendo a la naturaleza de los costes, directos e indirectos, y un cronograma descompuesto en líneas estratégicas, acciones, indicadores, y valoración de impactos externos, tal como recoge el siguiente ejemplo:

VALORACIÓN DE IMPACTOS EXTERNOS		
IMPACTO	Indicador	Objetivo del indicador, tras el primer año de la política
<b>PROMOCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE SOSTENIBLE</b>	Porcentaje de PYMES que se presentan a licitaciones públicas en la Ciudad.	>60%
	Relación entre criterios CPE e incremento del coste de los contratos.	<2%
	Porcentaje de contratos con criterios CPE	>60%. Se irá aumentando un 10% anual, hasta alcanzar un 90% en 2023
	Porcentaje de reducción de toneladas de CO2 teóricas, en un año.	>10%. Se irá aumentando en un 5% anual, hasta alcanzar un 25% en el año 2023.
	Percepción ciudadana y de los grupos de interés sobre la política.	8 sobre un máximo de 10
	Porcentaje de empresas contratistas que aplican con sus proveedores criterios CPE.	>50%

Es solo un escueto ejemplo de cómo debe plantearse una estrategia de implantación de beneficios sociales y medioambientales a través de la contratación pública, pues la innovación pública, y este proceso lo es, no brota espontáneamente, hace falta inducirla y asegurar su implementación mediante la corrección de desviaciones.

Para ello, necesitamos focalizar el desarrollo de este capítulo en el concepto de aseguramiento de la estrategia diseñada, una vez validada desde el punto de vista regulatorio, doctrinal y jurisprudencial.

La puesta en marcha de esta iniciativa, señala ALONSO GARCÍA<sup>881</sup> *“no está, sin embargo, exenta de dificultades: se necesita formación de los propios operadores públicos encargados de llevar a cabo el proceso de contratación, coordinación de todas las unidades administrativas implicadas y con los propios empresarios, información sobre los criterios ambientales susceptibles de ser aplicados y una buena dosis de sensibilización de la sociedad a todos los niveles, además de tener que superar otros obstáculos tales como la necesidad de contabilizar en términos económicos la rentabilidad de esta práctica, que la mayor parte de las ocasiones sólo se advierte a largo plazo.”*

## **1. Creación de la estructura e instrumentos adecuados para una eficiente implantación de una contratación pública socialmente responsable.**

Son varias las veces que hemos aludido, a lo largo de esta Memoria, en la visión clásica y limitada de la finalidad del procedimiento administrativo público para la provisión de bienes y servicios de las Administraciones Públicas, y en la superación de esa función administrativa mediante una visión estratégica, alineada con el contenido de las nuevas Directivas, que conduce al departamento de contratación a querer ser reconocido por fomentar el empleo de calidad, entre otros, y el cuidado del medio ambiente. Esta nueva visión aparece alineada con un objetivo principal, el de utilizar la calidad de los servicios para alcanzar la calidad de vida de las personas, esto es, el bien común.

Los servicios de contratación son órganos staff, dice JIMÉNEZ<sup>882</sup>, no hacen directamente el “producto”, no lo ponen directamente a disposición del público, son, por el contrario, órganos de apoyo que prestan servicio a otros operativos de contenido finalista, para que estos, a su vez, puedan llevar a cabo la realización de una obra, la adquisición de un bien o la prestación de un servicio.

<sup>881</sup> ALONSO GARCÍA, M<sup>a</sup> Consuelo, “Contratación pública ecológica”, *Gab/lex*, N<sup>o</sup> Extraordinario Marzo 2019. Pág. 159 y ss.

<sup>882</sup> Véase la siguiente dirección de internet: [https://www.youtube.com/watch?v=pj\\_Uath0Fhc](https://www.youtube.com/watch?v=pj_Uath0Fhc)

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

En la siguiente figura, se representa un mapa de procesos donde claramente se percibe esta relación,



Ilustración 11. Mapa de procesos. Fuente Ayuntamiento de Logroño

En el mapa anterior no aparece representada la estructura orgánica propiamente dicha, sino los procesos que forman parte de su actividad administrativa. De ahí que se haga referencia al proceso de proveedores, ubicado como proceso de apoyo, de claro soporte de otros operativos o finalistas entre los que se encuentran la limpieza viaria, los servicios culturales, el transporte o la seguridad pública, para los que resulta evidente la necesidad de disponer de los operadores económicos contratistas con los que llevar a cabo las prestaciones o servicios internos o a la ciudadanía. En los siguientes apartados analizamos los “intangibles” que nos ayudarán en ese propósito de implantación de una contratación pública socialmente responsable.



### 1.1.El proceso de contratación pública desde una perspectiva estratégica.

La Administración Pública, como organización, al igual que las empresas privadas, funcionan como sistema, esto es, como conjunto de unidades y departamentos interconectados y orientados al cumplimiento de fines y objetivos propios de la organización y no de cada departamento. De ahí que, si se quiere mejorar el funcionamiento de la misma, deba entenderse como sistema, de modo que la intervención ante cualquier problema de una de las partes habrá de ser contemplada teniendo en cuenta sus relaciones con las demás.

Como dice MURO CASTILLO<sup>883</sup> , *“para hallar los puntos de mejora en la mayoría de las situaciones organizacionales hay que comprender la complejidad dinámica, no la complejidad de los detalles. La esencia del pensamiento sistémico aplicado a la empresa es: Ver las interrelaciones en vez de concatenaciones lineales de causa efecto. Ver procesos de cambio en vez de instantáneas.”*

En general, como decimos en un trabajo anterior<sup>884</sup>, en la Administración no se habla de procesos<sup>885</sup>, ya que es el procedimiento el que capitaliza el cauce

<sup>883</sup> MURO CASTILLO, P. Comité de Dirección Grupo Sesaelec y Experto europeo en gestión de calidad. Consultado en: <http://www.grandespyms.com.ar/2017/02/14/todo-lo-que-nunca-te-dijeron-de-una-empresa-se-trata-de-un-sistema/>

<sup>884</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “La calidad como objetivo permanente en la prestación de los servicios”. Págs. 330-370.

<sup>885</sup> Véase PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “La calidad como herramienta para conseguir un modelo eficiente de gestión pública ...”, págs. 67-68. Digo en este trabajo que *“el contenido regulatorio del Derecho Administrativo contempla de modo recurrente el procedimiento. No es la misma cosa [...] sucede, sin embargo, que cuando nos referimos a la Administración Pública, su procedimiento trasciende esta restrictiva idea como instrucción o protocolo, para emparentar con el proceso; con cierta lógica, pues las fases de su tramitación resultan análogas, desde el inicio, ya sea a solicitud del interesado o de oficio por la Administración, en el que se atiende a los requisitos y demandas ciudadanas; su ordenación e instrucción, apoyada por los recursos humanos, tecnológicos y financieros para la confección del expediente, su impulso y cumplimiento de trámites, determinada por la práctica de la prueba, la emisión de informes y trámite de audiencia; y su finalización, resolución y ejecución, caracterizada por la debida*

decisional de los actos de la acción de gobierno. Pero el proceso existe y se refiere: *“al conjunto de actividades administrativas u operativas mutuamente relacionadas que se precisan para la prestación de un servicio o, en su caso, la realización de un producto, dirigidos al ciudadano o a un departamento de la Organización, mediante la transformación de elementos de entrada, tales como los requisitos (demandas ciudadanas y de servicio interno) y los recursos humanos, tecnológicos y financieros necesarios, en resultados (el producto o servicio de valor añadido), ofrecido al ciudadano o al cliente interno (departamentos y unidades administrativas)”*. En este sentido, el procedimiento administrativo forma parte del proceso, y tiene por misión la producción de actos administrativos, ordenando y documentando la serie de diligencias o actividades que identifican su cauce formal, tales como documentos administrativos o técnicos, los flujogramas, las normas legales, reglamentarias, técnicas o convencionales, y las directrices, estrategias, planes o programas.

Con la gestión por procesos se busca la mejora continua, mediante la reingeniería de los mismos, el uso de indicadores, la medición de evidencias, tomar al ciudadano como centro de atención<sup>886</sup>, favorecer la transversalidad y la visión corporativa, propiciar la participación del ciudadano, buscar el desarrollo e implicación de las personas, y mostrar el compromiso con la calidad de servicio.

La Sección Técnica de Procesos de Mejora y Sistemas de Medición de la Comisión de Modernización y Calidad de la FEMP<sup>887</sup>, identifica una serie de

*congruencia con las peticiones o demandas ciudadanas que dieron origen a su inicio, ya sea el otorgamiento de una licencia, autorización o la realización de una actividad prestacional.”*

<sup>886</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Laureano, “El problema de los defectos e irregularidades en el procedimiento de contratación pública en España: algunas propuestas de mejora desde el enfoque de la gestión pública”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 148, 2017, Editorial Wolters Kluwer. Se refiere el autor a esta idea, diciendo que *“la gestión por procesos supone un cambio de mentalidad que tiene al ciudadano como eje del servicio público”*. Pág. 4.

<sup>887</sup> FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS (FEMP). Sección Técnica de Procesos de Mejora y Sistemas de Medición “Procesos de mejora continua”. (Septiembre 2003). *“Cuando un cliente se dirige a una empresa no le importa cómo está organizada internamente, sólo le interesa recibir el producto o servicio de acuerdo a sus necesidades. Esto hace que las Organizaciones tengan que analizar sus procesos para ver de qué manera se orientan al cliente. Así se empieza a hablar de Gestión de Procesos y Gestión por Procesos.”*

características de la gestión por procesos, que definen la vieja administración burocrática y la nueva gestión finalista, útil y orientada al ciudadano y a los grupos de interés, señalando: “*Entiende las diferencias de alcance entre la mejora orientada a los procesos (qué y para quién se hacen las cosas) y aquella enfocada a los departamentos o a las funciones (cómo se hacen las cosas).*” Así, el Servicio de Contratación no es más que un eslabón de una cadena (el proceso) al que añade valor, cuya representación podemos ver en la siguiente imagen:

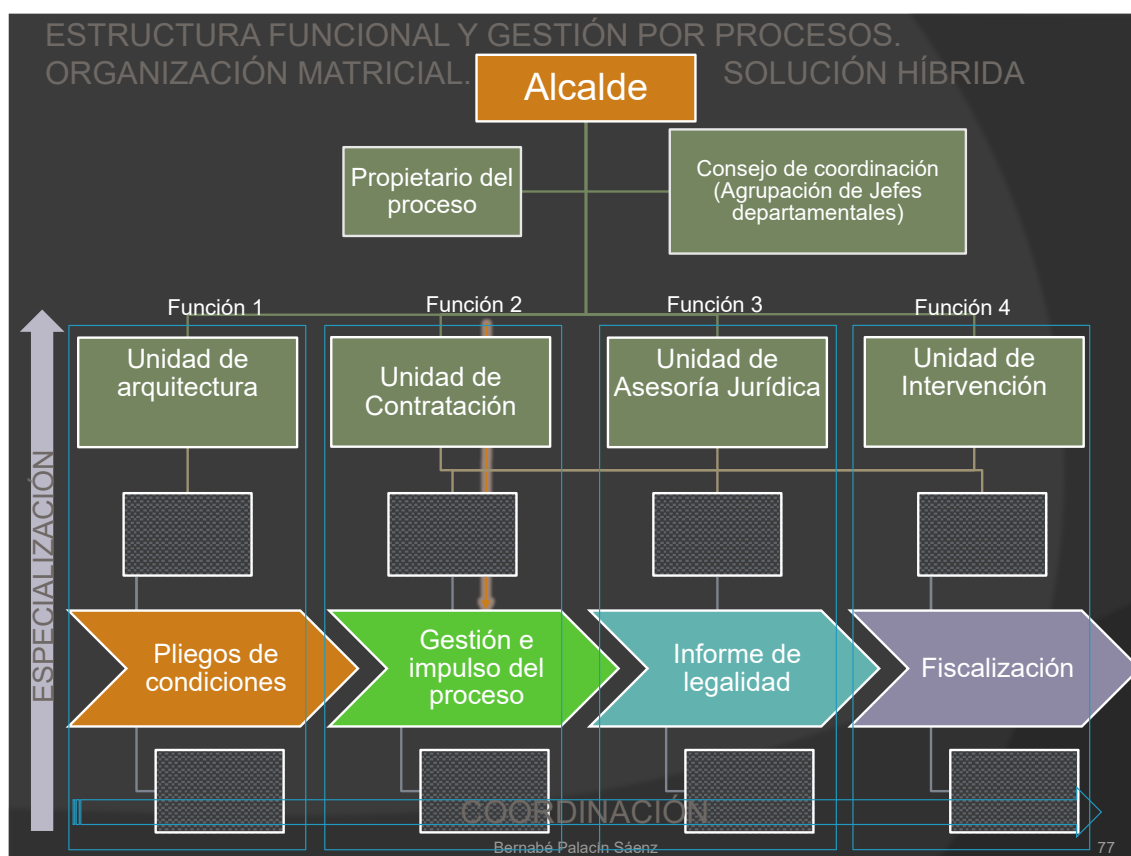


Ilustración 12. Estructura funcional y gestión por procesos. Fuente propia

En la imagen anterior puede apreciarse el encaje entre lo que denominamos estructura funcional (vertical) y la gestión por procesos, concretamente de un proceso, el de proveedores, mediante una solución que parte de un equilibrio entre responsabilidades departamentales, muy especializadas (Unidades de Arquitectura, de Contratación, de Asesoría Jurídica y de Intervención) y de

proceso transversal, sobre el que recaen diferentes competencias técnicas, económicas, procedimentales y de control, ligadas por la creación de un órgano técnico de coordinación que culmina la estructura administrativa.

Las ventajas son claras, tales como el sometimiento a controles de eficacia y eficiencia de las actividades, no solo al control de legalidad. Los planes de mejora y objetivos, la simplificación y agilización de trámites y la gestión de indicadores, contribuyen a lograr un servicio de mayor calidad, mejor coordinado y más competitivo, exento de las fricciones típicas entre los distintos actores públicos encargados de su tramitación y ejecución.

GARCÍA MOLINERO<sup>888</sup>, al referirse al modelo “Defensa”, de excelencia en la gestión de compras en el sector público, define los diez ejes en los que se basa, de los cuales traemos a colación el eje núm. 2 “Ética, compromiso y responsabilidad”, de tipo transversal, que llama a un compromiso de comportamiento ético y responsable con los agentes de interacción, tales como operadores económicos y proveedores, así como con los efectos de su actividad sobre el entorno, de carácter económico (sostenibilidad económica de las compras), medioambiental (identificando aspectos ecológicos en los pliegos como requisitos de solvencia, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución), y social (velando por el cumplimiento de obligaciones legales en materia social y laboral).

En definitiva, la gestión por procesos puede calificarse de herramienta facilitadora de una gestión más ágil y eficiente de la contratación pública, apta para evitar fricciones y “desperdicios” varios entre los distintos actores intervinientes (Unidades proponentes, Servicios jurídicos, Intervención, Unidades de gestión del procedimiento administrativo de la contratación, y Unidad encargada del seguimiento y ejecución del contrato), al contemplar el procedimiento administrativo en su integridad, con sus afecciones

<sup>888</sup> GARCÍA MOLINERO, Álvaro, “El modelo «defensa» de excelencia en la gestión de compras en el sector público (El ejemplo del Ministerio de Defensa)”, de libro en prepublicación autorizada *Código de buenas prácticas en Contratación*, Red de Transparencia de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), 2020.

características y necesidades de coordinación, para un efectivo servicio a las Unidades y Servicios operativos, aquéllos que están en contacto directo con la prestación y responden de sus resultados.

Pero esta Memoria singulariza el procedimiento de la contratación pública poniendo el foco en su perspectiva estratégica, como inductora de políticas sociales y medioambientales, y por ello se interroga sobre la versatilidad de la técnica analizada. En este sentido, la gestión por procesos, y en su seno el proceso de proveedores o de contratación pública, no deja de ser el mismo vehículo que ayuda a transportar linealmente las distintas aportaciones hechas por los diferentes departamentos competentes. Sin embargo, hay diferencias relevantes que condicionan el eficiente establecimiento de la perspectiva. Entre ellas, su transversalidad, los cometidos claros de lo que aporta cada departamento, su trazabilidad (la inclusión de un informe como la memoria de necesidad, forma parte de las entradas de otro para la preparación y adjudicación del contrato), su ejecución coordinada entre el Responsable del Contrato y la Unidad de seguimiento y control, y finalmente, su evaluación y revisión. La relación puede apreciarse en la siguiente figura:

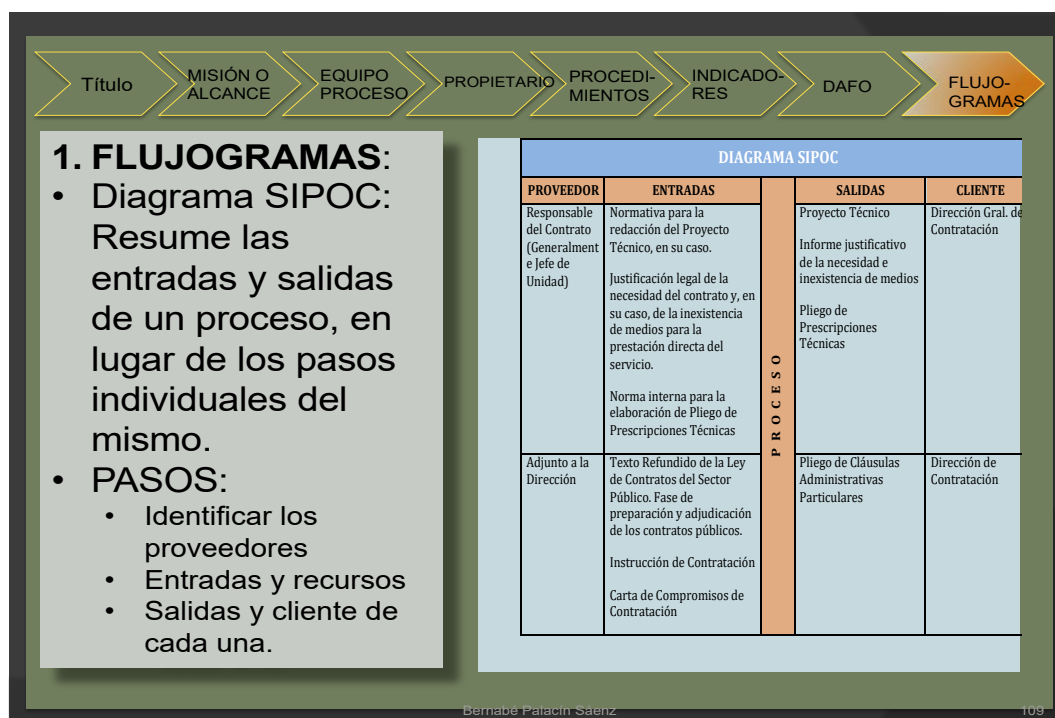


Ilustración 13. Diagrama de entradas y salidas de un proceso. Fuente propia.

Claro, que sin estrategia, sin plan de mejora, como hemos comentado más arriba, la gestión por procesos como técnica, no se sostiene, porque necesita de objetivos, líneas y metas orientadas a la consecución de la contratación estratégica que perseguimos.

## **1.2.El Plan anual de contratación**

Continuando con este grupo que hemos calificado de intangibles y coadyuvantes de la implantación de la contratación estratégica que queremos implantar, analizamos ahora el plan anual de contratación, que se erige en principio profesionalizante para la gestión del cambio, la innovación y el emprendimiento públicos.

Las normas técnicas de gestión de la calidad, tales como ISO y E.F.Q.M., se han ocupado de la planificación sobre la base del ciclo de mejora continua (planificar-hacer-verificar-actuar), mostrando los beneficios clave y acciones posibles para la consecución de los objetivos, completando los sintéticos desarrollos de las leyes administrativas 39 y 40/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público.

La CNMC<sup>889</sup> señala numerosas ventajas de la planificación, tales como la identificación de necesidades de la organización categorizándolas, para ajustarlas a los recursos disponibles, la de favorecer la toma de decisiones en cuanto a la estructura y organización internas, la mejora de la gestión económico-financiera derivada de la identificación de necesidades, y la

<sup>889</sup> Distribuye las fases de la planificación en las siguientes: Identificación, análisis y categorización de necesidades (carencias del sector público para el cumplimiento de sus fines institucionales: el objeto de los contratos se define en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer), Determinación de los objetivos o líneas estratégicas de la organización (análisis de implicaciones de gestión, financiación, mercado afectado, responsables y forma de aprovisionamiento más adecuada), Programación de acciones de aprovisionamiento (para que las necesidades sean cubiertas en el momento en que son requeridas), Seguimiento y control continuo, y Evaluación e indicadores (evaluación para corrección de desviaciones y adecuación a la planificación realizada).

información al sector privado sobre las necesidades de las entidades del sector público a satisfacer en un marco temporal, *“lo que le permite preparar sus propuestas y facilita el acceso al mercado, especialmente de las pymes.”*

Concluye la CNMC, que las carencias de planificación, provocan diferentes patologías en la gestión de la Organización, tales como la utilización abusiva de procedimientos poco favorecedores de la competencia (menores y negociados), falta de transparencia y publicidad, fraccionamiento injustificado de los contratos, y falta de claridad en los criterios de adjudicación, entre otros.

Como digo en un trabajo anterior<sup>890</sup>, *“con la planificación se trata de racionalizar, esto es, de llevar a cabo las actividades y tareas propias del proceso de contratación pública de modo eficiente, rentabilizando los recursos escasos de los que dispone la Administración, para obtener la máxima y mejor respuesta de los colaboradores privados en la realización de las obras, los suministros y servicios requeridos por los poderes adjudicadores”*.

La LCSP 2017, en su artículo 28.4, señala: *“Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada”*. La planificación pretende dar a conocer a los licitadores cuáles son las necesidades que pretenden cubrirse mediante los contratos proyectados, de modo que puedan estudiar y preparar sus ofertas, lo que redundará en la obtención de mejoras en calidad-precio para el órgano de contratación. En la idea insiste MARTÍNEZ FERNÁNDEZ<sup>891</sup>, indicando que *“una de las limitaciones que se ha señalado*

<sup>890</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “El plan anual de contratación, una herramienta para la racionalización de la contratación del Ayuntamiento de Logroño”, del libro en prepublicación autorizada *Código de Buenas Prácticas*, Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), 2020.

<sup>891</sup> MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, “Medidas para facilitar a las PYMEs la participación en la contratación pública”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 153, 2018, Editorial Wolters Kluwer. Pág. 3.

*para que las pymes puedan preparar adecuadamente sus ofertas es precisamente el «reducido plazo para presentar las ofertas», por eso, si conocen con antelación las licitaciones que se van a convocar a lo largo de un año, tendrán más opciones de presentarse con una oferta adecuada”.*

Según CAMPOS ACUÑA<sup>892</sup>, la planificación “*contribuye a la racionalización del gasto público y a su mayor transparencia, permite una visión de conjunto alineada con la función estratégica de la contratación y, en consecuencia, su mejor ejecución*”. Y para DONCEL RODRÍGUEZ<sup>893</sup>, la planificación juega en el campo de la racionalización interna, especialmente en el necesario control de los expedientes de contratación, aunque no olvida la vertiente externa como fórmula para mejorar la concurrencia.

El Plan obliga a repensar la estructura administrativa dedicada a la contratación pública, huyendo de las rigideces propias de compartimientos estancos, fijos y permanentes, verticalizados, trascendiendo de un enfoque de espera y reacción, a otro que se adapta continuamente a las necesidades conyunturales de la actividad contractual.

Son necesidades que nos conducen a esa vertiente externa del Plan, que tiene como objetivo que los operadores económicos, prevean, organicen y presenten sus mejores ofertas, acordes a la calendarización de las actividades a contratar. Las ventajas son claras, los operadores económicos tienen mayor información sobre las demandas de colaboración de la Administración, que les ayudan a mejorar las proposiciones, desde unas expectativas de participación en proyectos a los que no podía acceder normalmente.

Cierto que, resulta difícil medir estas ventajas, tanto internas como externas, que proporciona el plan anual. Entre otras cosas, por la escasez de planes

<sup>892</sup> CAMPOS ACUÑA, Concepción, ¿Cómo afecta el COVID19 al Plan anual de contratación?, dirección de internet: <http://concepcioncampos.org/como-afecta-el-covid19-al-plan-anual-de-contratacion/>

<sup>893</sup> DONCEL RODRÍGUEZ, Consuelo, “El plan de mejora de contratación pública local. Una oportunidad para los pequeños y medianos municipios”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 3/2020. Nº 3, Editorial Wolters Kluwer. Pág. 8.



publicados en la plataforma de licitación del sector público, mucho menos su evaluación. Ésta debería arrojar información sobre la mayor eficiencia que se busca, a través de indicadores de afluencia de licitadores, precios más competitivos, cumplimiento sin desviaciones, mejores ofertas en aspectos sociales y medioambientales y, en definitiva, prestaciones más acordes a la finalidad pública que se satisface. Desgraciadamente, si venimos de confirmar cómo apenas existe seguimiento y control de la ejecución de los contratos, mucho menos encontramos evidencias, sobre la misma muestra analizada en el Capítulo anterior y de los informes del Tribunal de Cuentas y de los Órganos de control externo autonómicos, de una evaluación ya sea de la actividad contractual en general o, en su caso, del grado de cumplimiento cualitativo y cuantitativo del plan anual.

Como experiencia, citamos de nuevo el Plan anual de contratación del Ayuntamiento de Logroño para 2019, que aun no siendo objeto de una evaluación formal, permite extraer algunas conclusiones o “lecciones aprendidas”, como las siguientes:

- Resistencia al cambio. Se resalta la importancia de crear cultura de la planificación, bajo la secuencia ordenada de acciones (planificar-hacer-verificar-actuar).
- Armonización con el presupuesto municipal. Resulta clave la armonización con el presupuesto, ello le dota de realismo y practicidad.
- Completud del plan. Las mayores ventajas se obtienen de un plan que contempla la totalidad de la actividad contractual del órgano de contratación, no solo de una clasificación como la de los armonizados.
- Reserva de contratos. Se detectan numerosas resistencias internas a la licitación entre sujetos y entidades previstas en las disposiciones adicionales cuarta y cuadragésima octava de la LCSP 2017.
- División en lotes. El componente obligacional del plan impide replanteamientos posteriores de las unidades proponentes en la memoria de necesidad del contrato.

- Satisfacción de necesidades y expectativas de los operadores económicos y grupos de interés. Como se ha dicho, resulta conveniente esta medición para pulsar la utilidad del Plan entre los licitadores del órgano de contratación, especialmente de las PYMES y micro PYMES.
- Evaluación. Aporta información precisa para detectar afluencia de licitadores y mejoras de las ofertas presentadas.

### 1.3. La transparencia del proceso

La transparencia, decíamos en el Capítulo III, hace visible la secuencia natural del proceso de licitación, que comienza con la libertad de acceso a la compra pública, basada en la publicidad para dar a conocer las necesidades del órgano de contratación, mostrando todos los requisitos y criterios que éste ha de tener en cuenta para elegir la oferta, de modo claro para ser interpretados uniformemente por todos los licitadores, sin discriminaciones y promoviendo concurrencia, de la que surgirá la competencia y, de ahí, la mejor oferta en calidad-precio.

Sobre la base de una encuesta de percepción de la calidad de servicio, realizada en el Ayuntamiento de Logroño, durante el ejercicio 2016, advirtiendo de variaciones a la baja en aspectos a los que los licitadores dan mucha importancia, tales como la objetividad, claridad y concreción de los criterios de adjudicación, se extrajo la siguiente conclusión:

*“Es preciso ahondar en la búsqueda de una mayor concreción de los criterios de adjudicación, especialmente cuando pueden desagregarse en subcriterios y su correspondiente valoración, haciéndolos no sólo más objetivos, sino más transparentes, más fáciles de interpretar, sin dudas ni lagunas, en aras a conseguir la máxima participación posible, para obtener, en cada momento, la oferta más ventajosa para los intereses municipales. Estamos convencidos de que si nuestros criterios se conocen bien, sin ambigüedades, las empresas se animarán a participar y crecerá la competencia”*

El principio forma parte de los intangibles que venimos analizando, sirviendo de inductor para introducir la perspectiva social y medioambiental, con garantías, evitando los riesgos propios de criterios de adjudicación o condiciones de ejecución generalistas, ambiguos o necesitados de un mínimo desarrollo que garantice su objetividad. La falta de transparencia acarrea el despilfarro del dinero público, su ineficiente utilización deriva en el incumplimiento de la visión estratégica que hemos querido dar a la contratación o, lo que es lo mismo, el cumplimiento meramente formal, sin contenido y sin valor. La falta de transparencia, por ambigüedad o desarrollos inconclusos de cláusulas, conlleva directamente a la ausencia de control de ejecución por falta de delimitación de la mejora ofertada o la obligación asumida si es condición de ejecución. Y sin seguimiento de la ejecución de los contratos, como hemos dicho tantas veces, el pretendido enfoque estratégico quedará en un mero “folleto informativo”, no real.

La OCDE, en la Recomendación del Consejo sobre contratación pública de 2015<sup>894</sup>, prevé el fomento de un trato justo y equitativo a los licitadores, aplicando un adecuado grado de transparencia en cada fase del proceso; el libre acceso, a través de un portal web, a todas las partes interesadas en la información relativa a la contratación pública; así como garantizar la transparencia del flujo de fondos públicos a lo largo de todo el proceso.

De todo ello, es fácil colegir que las Unidades, Servicios o Departamentos, actuantes como soporte técnico del órgano de contratación, han de tener en cuenta este intangible principio de transparencia como facilitador de las políticas en las que se quiere intervenir. A su vez, las personas al servicio de estas Unidades han de tener un comportamiento alejado de cualquier conflicto de interés, derivado de su participación directa o indirecta en el procedimiento de licitación, actuando con objetividad y profesionalidad en defensa del interés público.

<sup>894</sup> <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

#### 1.4. Profesionalización de los empleados públicos responsables del proceso.

A lo largo de esta Memoria, hemos puesto de relieve este intangible que incide directamente sobre la eficiente utilización de los fondos públicos dedicados a la provisión de bienes y servicios bajo fórmulas de compra responsable. Se ha dicho que la falta de profesionalización del personal incide negativamente en las posibilidades de inclusión de características sociales y medioambientales en los contratos. También, que necesitamos estrategias de profesionalización en tecnologías de la información y de la comunicación, en plataformas de apoyo a pequeños y medianos municipios, así como soluciones en el ámbito de la formación, para interiorizar la contratación pública como herramienta estratégica.

La contratación pública se ha vuelto poliédrica, por la necesidad de especialización de tipo laboral, económica, social, jurídica y medioambiental. Como sabemos, el TREBEP 2015, tiene en cuenta las exigencias sociales y preconiza una nueva cultura de gestión de los servicios públicos basada en la gobernanza. La norma, persigue mejorar la calidad de los servicios<sup>895</sup> que el ciudadano obtiene de la Administración y, como ya se ha dicho en cita al profesor RODRÍGUEZ-ARANA, podrá cumplir su función, si las personas a su servicio *“lo hacen desde el compromiso con el servicio objetivo al interés general.”* Se precisan modificaciones en las descripciones funcionales y valoración de los puestos de trabajo, elevando la figura del profesional acorde a las competencias exigibles, impulsando su formación interna y externa.

<sup>895</sup> El modelo EFQM de 2013, dice en su criterio 3 “PERSONAS”, que *“las organizaciones excelentes valoran a las personas que las integran y crean una cultura que permite lograr los objetivos personales y los de la organización de manera beneficiosa para ambas partes. Desarrollan las capacidades de las personas y fomentan la equidad e igualdad. Se preocupan por las personas de la organización, potencian la comunicación interna, recompensan y dan reconocimiento a los esfuerzos para, de este modo, motivar a las personas, incrementar su compromiso con la organización y favorecer que utilicen sus capacidades y conocimientos en beneficio de la misma”*.

La posesión de estas competencias profesionales es el principal basamento de la preparación y adjudicación de un contrato, al que si le unimos un buen sistema de seguimiento y control, nos conduce a la obtención de mejores resultados fieles a los compromisos contractuales.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ<sup>896</sup>, por su parte, analiza las necesidades y el tratamiento de la profesionalización desde la distintas fases del proceso de la contratación pública, relacionando tipología de profesionales y fases, proponiendo soluciones de carácter interdisciplinar, junto a la elaboración de manuales, normas técnicas o instrucciones, pliegos generales y modelos y formularios accesibles a las unidades promotoras de los contratos.

BURZACO, por su parte, dice que el problema no es tanto la resistencia al cambio, cuanto de falta de estandarización de fórmulas aplicables y de formación adecuada de los agentes intervinientes en las licitaciones, entre los que cita a redactores de pliegos, y personal técnico que evalúa las proposiciones<sup>897</sup>.

En plano internacional, la OCDE, en el documento “Integridad en la contratación pública”<sup>898</sup>, de 2009, desafío 2: “Cómo convertir la contratación pública en una profesión estratégica”, expresa que *“la contratación pública es un factor significativo para gestionar correctamente los recursos públicos y, por ello, deberían considerarse como una profesión estratégica y no sólo como una función administrativa [...]”*. Esta profesión, añade, desempeña una función central en la prevención de la mala gestión, minimizando las posibilidades de corrupción en el uso de los fondos públicos. El responsable de la contratación, a los que el estudio denomina, “gestores contractuales”, deben poseer nuevos conocimientos, complementarios de los tradicionales, que abarquen la gestión de proyectos y aptitudes de gestión de riesgos, ante mercados globalizados y, en muchos casos, inestables. Visión que refuerza

<sup>896</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Laureano, “El problema de los defectos e irregularidades en el procedimiento de contratación pública en España...”

<sup>897</sup> BURZACO SAMPER, “La Contratación Pública como instrumento activo de innovación social”

<sup>898</sup> <https://www.oecd.org/fr/gov/ethique/38947794.pdf>

el organismo en la Recomendación de 2015<sup>899</sup>, sobre contratación pública, en la que insta a sus Estados miembros a disponer de un personal dedicado a la contratación pública, con capacidad de aportar en este ámbito la debida rentabilidad, lo que traduce en un alto nivel de capacitación teórica y aptitud para la puesta en práctica, un sistema de carrera atractivo, competitivo y basado en el mérito, así como el fomento de la colaboración con Universidades, think tanks o centros políticos, a fin de mejorar las capacidades y competencias.

La Comisión Europea, en su Recomendación 2017/1805, de 3 de octubre, sobre la profesionalización de la contratación pública, nos dice que una política eficaz de profesionalización debe basarse en un planteamiento estratégico global en torno a los objetivos de encontrar un alto nivel de respaldo político, mejorar la formación y la gestión de la carrera de los profesionales de la contratación pública, y proporcionar herramientas y metodologías de apoyo a la práctica profesional, tales como la disponibilidad de herramientas y procesos. Para conseguirlo pretende actuar sobre tres ejes:

- La definición de la política para fijar estrategias de profesionalización, que deben dirigirse a todos los participantes en el proceso de contratación, y ser apoyadas por las instituciones de formación, centrales de compras y organizaciones profesionales.
- Mejorar la formación y la gestión profesional, identificando las capacidades y competencias en las que deben ser formados los profesionales de la contratación, y elaborando los programas adecuados sobre la base de evaluación de datos y necesidades detectadas. Se persigue atraer y retener el talento en un área de la actividad pública altamente especializada. A este propósito contribuyen la carrera profesional, la gestión por competencias, la valoración de los puestos de trabajo y los premios a la excelencia para el fomento de buenas prácticas en innovación, contratación socialmente responsable y lucha contra la corrupción.

<sup>899</sup> <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

- Estimular y apoyar el desarrollo y aceptación de herramientas de TI accesibles, para la simplificación y mejora del funcionamiento de los sistemas de contratación.

En nuestro derecho interno, el art. 334 de la LCSP 2017, relativo a la Estrategia Nacional de Contratación Pública, se refiere a la promoción de la profesionalización, mediante actuaciones de formación del personal del sector público que participa en los procesos de contratación, en el marco de un plan específico.

También la OIRESCON se ha pronunciado sobre la profesionalización de la contratación en su informe anual de supervisión de la Contratación Pública en España (diciembre 2019). En un completo Capítulo, el VI, llega a interesantes conclusiones que pueden resumirse en: la fundamental importancia de la profesionalización para garantizar la integridad y mejora de la eficiencia; su integración dentro de la carrera administrativa de los empleados públicos; y la insuficiencia de las acciones formativas actuales. Por todo ello, recomienda: ampliar la oferta formativa, diseñando un itinerario adecuado que permita especializaciones, sometido a protocolos de control de calidad.

Interesantes conclusiones a las que llega la OIRESCON, que nos sirven para reiterar nuestra consideración de fundamental intangible para lograr esta visión socialmente responsable que hemos manifestado a lo largo de esta Memoria, tanto desde la perspectiva social, como especialmente, desde la medioambiental. Sin este conocimiento experto que demanda la nueva y estratégica contratación pública, no será posible la introducción en el proceso de características de este tipo, no de cualquier modo, utilizando mecánicamente el “*corta-pega*”, sino de una manera consciente y responsable, que conduce a la obtención de bienes y servicios respetuosos con el medio ambiente y responsables socialmente, bajo acreditadas premisas de una eficiente utilización de los fondos públicos.

La falta de profesionalización conduce al timorato escenario que hemos contemplado en el análisis de la muestra del capítulo anterior, de escasa introducción de cláusulas de verdadero impacto, especialmente por el desconocimiento que alimenta el temor a la posibilidad de ver anulado el proceso por el TARC correspondiente.

## **2. Propuesta de creación de la Oficina de apoyo a la supervisión de la ejecución de los contratos. Posibles variantes.**

Concluíamos el Capítulo XI, sobre el control y seguimiento de la ejecución de los contratos públicos, diciendo que todo el conjunto de acciones y de buenas prácticas detectadas no eran suficientes, que se precisaban reformas que afectaran a la propia estructura organizativa de las Administraciones Públicas, lo que nos conducía a repensar el mayoritario modelo de órgano unipersonal, ubicado en la dependencia promotora del contrato; y nos preguntábamos por qué no crear una nueva Unidad o Departamento, de carácter transversal, capaz de complementar las atribuciones de control y supervisión de los Responsables de Contrato.

Tal y como señalo en un trabajo anterior<sup>900</sup>, la creación de esta mínima, pero suficiente, estructura de control, debe plantearse según las necesidades de cada Administración o Entidad, su contenido funcional, competencias académicas y profesionales e imbricación jerárquica. Atendiendo a estos extremos, podrían definirse tres variantes bajo un mismo esquema.

La primera se refiere a una *Unidad de apoyo* a la supervisión de los actos de gestión administrativa de los contratos, cuyo desarrollo funcional podría ser el siguiente:

- Colaborar con el Responsable del Contrato en la fase de diseño de la obra, suministro o prestación, aportando sus conocimientos técnicos para valorar la

<sup>900</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales...”, pág. 46.



oportunidad y necesidad de la contratación, así como la inclusión de cláusulas sociales, ambientales o de innovación.

- Velar por el cumplimiento de las obligaciones de carácter administrativo impuestas por el PCAP u ofertadas por el adjudicatario en su proposición. Entre ellas, las relacionadas con la contratación de mujeres en sectores en los que está subrepresentada, grupos vulnerables, mantenimiento de condiciones de trabajo, salario, cotizaciones a la SS, ingreso por IRPF ante la AEAT, acreditación de gestión de los residuos, etc.
- Recepcionar los documentos que justifican el cumplimiento de las obligaciones anteriores.
- Colaborar con el Responsable del Contrato en la solución de incidencias, interpretaciones, modificaciones y prórrogas de los contratos relacionadas con el cumplimiento de las citadas obligaciones.
- Alertar al órgano de contratación de potenciales incumplimientos del contrato verificados mediante los controles preventivos que lleve a cabo.
- Proponer al órgano de contratación las acciones correctoras precisas para subsanar las desviaciones observadas en el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

La ventaja de esta primera variante es la descarga de tareas de control administrativo, a veces irrelevantes para los responsables técnicos del contrato, más preocupados por el desarrollo material de la obra o prestación. Liberados de estas tareas formales, la menor carga de trabajo incidiría en la supervisión de especificaciones técnicas, control presupuestario, plazo, calidad intrínseca de la prestación y solución de incidencias.

La segunda variante contempla una *Unidad de seguimiento* encargada del control de la supervisión realizada por el Responsable del Contrato. Su desarrollo funcional podría ser el siguiente:

- Colaborar con el Responsable del Contrato en la fase de diseño de la obra, suministro o prestación, aportando sus conocimientos técnicos para valorar la

oportunidad y necesidad de la contratación, así como la inclusión de cláusulas sociales, ambientales o de innovación.

- Colaborar con el Responsable del Contrato en la solución de incidencias, interpretaciones, modificaciones y prórrogas de los contratos relacionadas con el cumplimiento de las citadas obligaciones.
- Alertar al órgano de contratación de potenciales incumplimientos del contrato verificados mediante los controles preventivos que lleve a cabo.
- Proponer al órgano de contratación las acciones correctoras precisas para subsanar las desviaciones observadas en el cumplimiento de las obligaciones del contratista.
- Realizar auditorías sistemáticas de las tareas de supervisión llevadas a cabo por los Responsables de Contrato y Directores de Obra, para evaluar el cumplimiento de la ejecución de los contratos.

Esta variante serviría como revulsivo para una supervisión más exhaustiva y menos anodina de los responsables del contrato; y sus auditorías, controles y no conformidades pueden ayudar a la mejora continua de la función de control. Sin embargo, no deja de ser una fiscalización del trabajo de los responsables que no aporta valor añadido, ya que no participa en las tareas de gestión de la variante anterior, consume recursos y no les libera de cargas, fundamentalmente administrativas.

La tercera variante, que podríamos denominar *mixta*, incluye la descripción funcional de ambas, especialmente las tareas de gestión de verdadero valor añadido para la Organización, sin olvidar que el control alcanza en este caso a las propias tareas y actividades de los responsables de contrato.

Otras experiencias de implantación de esta Unidad de control, las recoge DONCEL<sup>901</sup>, precisando que *“estos modelos dotan de una estructura con*

<sup>901</sup> DONCEL RODRÍGUEZ, Consuelo, “La creación de Unidades de supervisión y seguimiento de la contratación. Análisis de modelos”, del libro en prepublicación autorizada *Código de Buenas Prácticas en Contratación*, Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), 2020.

*vocación de permanencia en el futuro cuyas funciones son desempeñadas por empleados públicos especializados y que, por tanto, facilita la profesionalización en el ámbito de la contratación pública, siendo éste uno de los aspectos que debe abordar la Estrategia Nacional de Contratación Pública, de acuerdo con el art. 334.1.e) de la LCSP.”.* La autora, acaba recomendando igualmente el desarrollo de mecanismos de evaluación que permitan arrojar resultados sobre el impacto de la creación de esta Unidad.

Finalmente, queda por examinar si el aumento de recursos dedicados a la supervisión, mediante la creación de esta estructura, se justifica por los ahorros presuntamente derivados de una ejecución contractual eficiente, que puede concretarse en los siguientes hitos: la ausencia de modificados no justificados, mayores índices de calidad prestacional, mayor número de usuarios atendidos, menos reclamaciones, mayor motivación de los trabajadores al servicio del contrato, mayor satisfacción social por la creación de empleo para los más vulnerables, eliminación de impactos en el medio ambiente procedentes del consumo de bienes y servicios por la administración contratante, penalización a las empresas que no interioricen sus costes ambientales y sociales, mayor transparencia, etc. En este punto, DONCEL, incluye *“el número de contratos sobre los que se ha realizado el seguimiento, el más que previsible ahorro económico derivado de una mejor gestión de los servicios, las penalidades impuestas por incumplimientos de los contratistas o la adecuación del perfil de los responsables del contrato.”.*

Podemos aventurar que se justifica sobradamente, pero no dejaría de ser una afirmación similar a la que dice que “lo social es bueno”, aunque coincidiera con el sentir mayoritario de los gestores especializados, la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, es preciso admitir, que los beneficios del control de ejecución de los contratos, manifestados a través de la calidad de servicio, son difíciles de cuantificar, si no es sobre los variados incidentes que se presentan en esta fase del procedimiento, ya apuntados, u otros perjuicios causados a la hacienda pública, derivados del reconocimiento de indemnizaciones por impago de salarios, cotizaciones a la Seguridad Social o la práctica de retenciones por

IRPF. La falta de evaluación general de la contratación pública y, en particular, de la fase de ejecución de los contratos, nos lleva a establecer una mera presunción a favor de la creación de la estructura de supervisión, que extraemos de la doctrina judicial y administrativa, no tanto en el tratamiento, prácticamente inexistente de este tipo de Unidades, sino en la conveniencia de llevar a cabo controles de ejecución.

### **3. Las acciones de sensibilización con las empresas para dar a conocer los beneficios de las políticas de responsabilidad social.**

Una vez diseñada la estrategia, con sus objetivos y líneas de actuación, creada la estructura e intangibles (procesos, plan anual, transparencia, profesionalización) para la implantación de la contratación pública socialmente responsable, y promovida la creación de la Oficina de apoyo a la supervisión de la ejecución de los contratos, suficientemente amortizada por los presuntos beneficios que conlleva; el siguiente paso para su efectiva implantación e impacto social, se refiere a la realización de acciones de sensibilización con las empresas y los grupos de interés para dar a conocer los beneficios de las políticas de responsabilidad social asociados a la contratación.

En este apartado no solo caben las operaciones de marketing, sino también un instrumento, ampliamente reconocido en el ámbito público, como son las cartas de servicios.

#### **3.1. Hoja de ruta para promover la colaboración de los operadores económicos.**

##### **1) Marketing público**

La primigenia y voluntariosa necesidad de comunicar lo que hacemos, incluso *vender* la acción pública, con independencia de si es lo que necesitan los ciudadanos y los grupos de interés, propia de un marketing público incipiente, topa con un desarrollo de éste más avanzado, de contenido transaccional una

especie de ida y vuelta que relaciona a la Administración y sus usuarios, contribuyentes, proveedores, administrados, ciudadanos, con el que se busca la satisfacción de necesidades sociales; es decir, un marketing de segunda generación que introduce en la *coctelera* los estudios de actitudes y opiniones del público.

“Ser conocido no basta, hay que ser querido”, reveladora afirmación del profesor ROVIRA<sup>902</sup> que encierra en dos palabras las diferencias entre el marketing de primera y segunda generación. El ser conocido, todavía hoy imperante en las Administraciones Públicas, con un enfoque bastante miope si lo que queremos es ganar en aceptación social, se corresponde con estructuras y formas de gobierno en las que se dice que hay una orientación al ciudadano, cuando en realidad se trata de justificar decisiones que han sido tomadas sin su concurso. El ser querido, por el contrario, persigue la aceptación social, y hacerse un hueco en la “cabeza del ciudadano”, generando una actitud positiva hacia los servicios que prestamos, y eso se corresponde con estructuras y gobiernos basados en un modelo de gobernanza<sup>903</sup>.

La preocupación por la satisfacción de las necesidades del ciudadano, de los grupos de interés y también de los licitadores es relativamente reciente en el ámbito de la Administración, y obedece a un modelo de gestión post-garantista, en términos del profesor CUELLAR<sup>904</sup> que introducen los sistemas de la calidad en la década de los ochenta del siglo pasado. Sin dejar los principios informadores del ser y hacer de la Administración Pública, y cito el de legalidad por todos ellos -garantista y tan necesario como los de igualdad y equidad-, sin contraponer el cumplimiento de las normas y de los

<sup>902</sup> ROVIRA, Javier, “Marketing Público”, I Máster en Liderazgo y Dirección Pública del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP 2015).

<sup>903</sup> Caracterizado por: - Necesidad de servir, de mejorar continuamente lo que hacemos. - Ofrecer mejores y más baratos servicios. - La satisfacción del ciudadano como indicador de calidad - Conseguir resultados - Comunicación e integración - Participación y motivación - Fidelidad del servicio a las expectativas de los ciudadanos - Responsabilidad de gestión – Descentralización - Evaluación - Rendición de cuentas y transparencia.

<sup>904</sup> CUÉLLAR, Eloy, “Modernización de la gestión pública. La calidad como estrategia de modernización”.

procedimientos a la simplificación, agilidad, reingeniería y evitación de duplicidades, etc.; es posible reorientar nuestro modelo de gestión administrativa, desde una posición departamental, más preocupada de cómo se hacen las cosas, hacia una posición abierta, participativa, preocupada en el para quién se hacen las cosas, como hemos visto en el primer Capítulo de esta Memoria.

El marketing sirve, en definitiva, para vender, comunicar, transmitir una identidad, la utilidad de una política e, incluso, generar una necesidad. Y todo ello para ganar en aceptación social, generando una actitud positiva hacia esta visión estratégica de la contratación pública. No es objeto de esta Memoria el diseño de las herramientas de comunicación y de participación capaces de transmitir los beneficios sociales y de eficiencia empresarial que incorporan las características sociales y medioambientales en las que se quiere intervenir. Pero sí dejar apuntado, que se precisan no solo para conseguir la implicación de las empresas en los proyectos de la Administración, lo que dará origen a ofertas muy competitivas e innovadoras, sino también, para extender estos beneficios a la relación que mantienen con sus propios proveedores o subcontratistas.

Solo de este modo, proyectando esa “*capilarización*” hacia segundas y siguientes estructuras colaboradoras, podrá conseguirse una auténtica responsabilidad social en red, sistemática.

## 2) La Carta de servicios.

Dejamos apuntado en este apartado una herramienta de la gestión de la calidad que contribuye a garantizar el cumplimiento de objetivos.

Una *Carta de servicios* es una declaración que relaciona a la Administración con los ciudadanos y grupos de interés receptores de sus servicios, mediante la fijación de unos compromisos de calidad reales. Una definición oficial la encontramos en el R.D. 1259/1999, de 16 de julio, que establece:

*“Las cartas de servicios son documentos escritos que constituyen el instrumento a través del cual los órganos de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social informan a los ciudadanos sobre los servicios que tienen encomendados y acerca de los compromisos de calidad en su prestación, así como de los derechos de los ciudadanos y usuarios en relación con estos servicios.”*

La norma UNE 93200:2008 de Requisitos de las *Cartas de Servicios*, la define como un *“documento escrito por medio del cual las organizaciones informan públicamente a los usuarios sobre los servicios que gestionan y acerca de los compromisos de calidad en su prestación y los derechos y obligaciones que les asisten.”*

MANTECA VALDELANDE<sup>905</sup>, define las *Cartas* como *“instrumentos que permiten manifestar públicamente la materialización de los principios de transparencia, participación, responsabilidad y compromiso en la prestación de los servicios públicos”*. Para este autor, los compromisos de calidad expresos, tales como plazos de tramitación o prestación, mecanismos de información, lugares y canales de atención al público, y los indicadores, constituyen el núcleo de la Carta, sin omitir las medidas de subsanación o compensación ante un eventual incumplimiento.

También el profesor MORENO MOLINA, se ha referido a las *Cartas de servicios* como *“unos instrumentos jurídicos que tienen como objetivo situar al ciudadano en el centro de la preocupación administrativa. Con estas cartas las Administraciones conciben al ciudadano como cliente y se fijan niveles de calidad en la prestación de los servicios públicos”*.

Hecha esta aproximación conceptual, nos preguntamos para qué sirve esta especie de *“contrato público”*, que pretende generar confianza en la prestación de los servicios públicos, y cómo puede aplicarse en el marco de un proceso

<sup>905</sup> MANTECA VALDELANDE, Víctor, “Instrumentos reguladores internos de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Administrativa*, nº. 5, mayo 2015, Wolters Kluwer. Pág.3.

de contratación pública para sensibilizar a las empresas y que éstas formulen sus mejores ofertas desde la perspectiva social y medioambiental que se quiere establecer. Y es que no podemos desviar nuestra atención del propósito de este Capítulo final, que es el de hacer efectivo el nuevo enfoque social en los operadores económicos colaboradores de la Administración contratante.

En este sentido, como decimos en un trabajo anterior<sup>906</sup>, la carta aporta:

- Tangibilidad al proceso de contratación pública. Se hace visible mediante los compromisos que incorpora.
- Canaliza la participación de los operadores económicos como parte interviniente en el proceso, los involucra, y permite conocer sus necesidades y expectativas en relación con el establecimiento de los aspectos sociales y medioambientales que se quieren introducir. Por esta razón, una Carta que en su elaboración no cuente con paneles de opinión, donde se dé la oportunidad de conocer el parecer de aquéllos, carecerá de la mínima y necesaria información para llevar a cabo una gestión con datos, real, fiable y, una vez más, útil.
- Mejora continua del servicio, mediante la adaptación de las necesidades y expectativas de los ciudadanos, operadores económicos, grupos de interés.
- Transparencia y rendición de cuentas. A través de sus compromisos, recoge sugerencias y reclamaciones, y rinde cuentas sobre la calidad de servicio mediante la publicación, a veces comparada, del cumplimiento de sus indicadores.

Los citados compromisos son un medio, por el que se dan a conocer, entre otros, la implantación efectiva de los aspectos sociales y medioambientales en los que se quiere incidir (vulnerables, igualdad, condiciones de trabajo, conciliación, eficiencia energética, control de la contaminación, etc.), pero esto es lo importante, de un modo previamente expuesto, cuando no consensuado, con los operadores económicos. Esta aportación de valor público, frente a la imposición, sin diálogo, de las políticas a las que se quiere contribuir, marca la diferencia para conseguir ofertas más competitivas y eficientes desde el

<sup>906</sup> PALACÍN SÁENZ, Bernabé, "La calidad como objetivo permanente en la prestación de los servicios.". Págs. 330-370.



punto de vista del gasto público, promocionando igualmente la participación de las PYMES.

Sin embargo, somos conscientes de que esta herramienta es inusual para procesos de apoyo, como es el de contratación pública. En su lugar los órganos de contratación han optado por la Instrucción, prevista en el art. 6 de la LRJSP. Así, Ayuntamientos como Valladolid, Madrid, Logroño o Avilés, incluyendo, sin citar, la metodología propia de las cartas de servicios, de amplio consenso entre las partes interesadas, destinatarios de las políticas, empleados, operadores económicos y otros grupos de interés, tales como asociaciones vecinales, profesionales, empresarios, y de colectivos vulnerables, sindicatos y Universidades.

### **3.2. Medir los impactos, ¿para qué?**

Para que la implantación de una contratación social y responsable triunfe han de medirse los impactos. Como dice el viejo aforismo solo lo que se mide puede mejorar. De ello nos hablan los sistemas de gestión de la calidad, ISO y E.F.Q.M., que orientan la gestión a resultados bajo el ciclo planificar-hacer-verificar-actuar. La Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, en su epígrafe 26, señala *“que todo proceso de gestión pública debe perseguir la creación de valor público, lo que tiene que reflejarse en resultados e impactos, cuantificables, que permitan evaluar el rendimiento en todas sus dimensiones”*.

Pero, de ¿qué hablamos cuando decimos “medir los impactos” de una contratación estratégica orientada a la consecución de objetivos sociales y medioambientales?. Siguiendo a DÍAZ PULIDO, *“la evaluación de impacto consiste en aislar [y medir] los efectos del programa público (Henry, 2010)”*, como por ejemplo, la mejora de la calidad en el empleo de los trabajadores al servicio de los contratos municipales. Para ello, como hemos venido manteniendo, se precisan evidencias científicas consistentes, aunque a menudo, como confiesa este autor *“debemos conformarnos con medir los*

*efectos en uno o varios indicadores relevantes*”, ya sea el número de desempleados de larga duración o en situación de exclusión social contratados en un período. Se trata de un indicador, el de impacto, indirecto, como lo es la reducción de gases de efecto invernadero, dependientes de otros relevantes que lo integran, del tipo de rendimiento, cobertura o satisfacción, como son el ahorro de agua, la eficiencia energética, la reutilización de materiales, la gestión de residuos, la igualdad salarial, la conciliación personal, laboral y familiar, y la ocupación de puestos directivos por mujeres.

Conocido el concepto, es importante destacar que se detectan relevantes diferencias según sea la obtención de los datos, pues no es lo mismo verificar formalmente la inclusión de una condición especial de ejecución obligatoria en cada contrato o, en su caso, cuántos contratos contienen criterios de adjudicación social o medioambiental, que la revisión “in situ” del cumplimiento de compromisos contractuales, tales como el empleo de mujeres trabajadoras en un sector de subrepresentación, la realización de la limpieza de un local con productos certificados por su bajo impacto en el medio ambiente, o la separación real en obra de materiales para su gestión como residuo. La diferencia es notable. Como decía en el trabajo citado más arriba “La calidad como objetivo permanente en la prestación de los servicios”: *“con la mera inspección, desde el puesto de trabajo, del supervisor o responsable del contrato, obtendremos datos que nos hablan de un cumplimiento meramente formal, administrativo; con una inspección en el lugar de ejecución se obtienen datos reales, a menudo divergentes del mero cumplimiento formal. Son estos datos reales los que informan de los verdaderos impactos de la política de contratación y sirven para comprobar si la afirmación que hacemos en este apartado, la contribución de la contratación pública al servicio de la calidad prestacional, puede ser mantenida de un modo científico, en lugar de una simple operación de marketing, como si de un folleto informativo se tratara”*.

Un ejemplo de medición de impactos y de implantación efectiva del nuevo enfoque social y medioambiental, lo encontramos en el ya citado Plan de

Mejora “Caminando hacia un sistema de responsabilidad social municipal: las contrataciones social y verde y su incidencia en la mejora de la calidad en el empleo y el medio ambiente sostenible”, del Ayuntamiento de Logroño. Desde su implantación efectiva en 2016, se han llevado a cabo acciones de sensibilización con los miembros del Gobierno Municipal, los Grupos de oposición, los Grupos de interés (Sindicatos y Empresarios) y los responsables de las Unidades y Servicios Municipales. Con ellas, se ha querido abordar el contexto de la contratación estratégica, sostenible y socialmente responsable, partiendo de unas demandas y expectativas ciudadanas, que se convierten en objetivos (calidad en el empleo y reducción de impactos en el Medio Ambiente) para cuya consecución son necesarias herramientas (proceso de contratación), con las que conseguir unos resultados e impactos (contribución a políticas sociales y ambientales).

Retomando las palabras del Parlamento Europeo respecto a *"que no está claro el impacto global conseguido con la mejora del comportamiento social y medioambiental de las empresas"*, resulta necesario innovar en materia de medición de impactos y, en este sentido, podrían adoptarse indicadores como los siguientes, de impacto o de rendimiento, con su correspondiente objetivo:

De impacto:

- Grado de conocimiento del apoyo a las políticas sociales y ambientales a través de la contratación pública. Objetivo 5/10.
- Satisfacción de los grupos de interés (sindicatos más representativos, asociaciones de personas con discapacidad, mujer, personas en riesgo de exclusión social, federación de empresarios, grupos políticos, ecologistas, etc.) con las políticas sociales y ambientales apoyadas por la Administración, a través de la contratación pública. Objetivo: 8/10.

## De rendimiento

- Número de contratos que incorporan cláusulas sociales o ambientales. Objetivo 85 % del total licitado mediante procedimientos con publicidad.
- Porcentaje de empresas contratistas que aplican con sus proveedores criterios sociales y de CPE. Objetivo > 25 por ciento.
- Personas vulnerables contratadas en un año por la totalidad de los contratistas del órgano de contratación, durante y para la ejecución de los contratos adjudicados. Objetivo: >20
- Número de mujeres en sectores en los que están subrepresentadas, contratadas en un año por la totalidad de los contratistas del órgano de contratación, durante y para la ejecución de su respectivo contrato. Objetivo: > 20
- Número de personas con discapacidad contratados en un año, por la totalidad de los contratistas durante y para la ejecución de su respectivo contrato: >15
- Ahorro en toneladas equivalentes CO2/año derivadas del cumplimiento de las cláusulas medioambientales introducidas en los contratos. Objetivo: > 100 toneladas.

Con la medición, como parte integrante de la necesaria evaluación de toda política pública, y como paso previo a la revisión para la mejora de las acciones de innovación realizadas, se cierra este círculo virtuoso al que más de una vez hemos hecho referencia en esta Memoria, formado por la secuencia de planificar-hacer-verificar-actuar, que aquí, en este Capítulo, circunscribimos a la implantación de los instrumentos necesarios para poner en práctica una contratación pública que no es diferente de la regulada, pero que aporta un *plus* prestacional capaz de traducirse en un mejor rendimiento de los fondos públicos, para obtener bienes y servicios con una relación óptima entre calidad y precio.

Quizá sea difícil, y así lo hemos venido afirmando, demostrar el *dogma de fe* en que consiste el artículo primero de la LCSP 2017, cuando sostiene su convencimiento de que la incorporación de criterios sociales y

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

medioambientales, proporciona una mejor relación calidad-precio, porque necesitamos evidencias que, a menudo, no se van a obtener. Pero al menos, el diseño que se propone en esta mejora continua del proceso, apunta al buen camino, esto es, a la metodología precisa para hacer efectiva la calidad de servicio para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. A esto aspiramos.

## Conclusiones

Si en la introducción anticipábamos el planteamiento de esta investigación, presentando el interés y la razón de su elección, los problemas y cuestiones formuladas, así como las hipótesis de trabajo, para cuya confirmación o refutación se proponía el método jurídico, que analiza el marco normativo, la doctrina administrativa y científica y la jurisprudencia europea e interna; en estas conclusiones recogemos el fruto del análisis realizado, sobre la base de las evidencias encontradas.

**Conclusión 1: La contratación pública contribuye al ensanchamiento de las políticas sociales y medioambientales de las Administraciones Públicas, apuntalando su Responsabilidad Social, más allá de su cumplimiento normativo, propiciando beneficiosos efectos en la cadena contratista-proveedor-subcontratista.**

Nos planteábamos si las Administraciones Públicas tendrían recorrido socialmente responsable, para ir más allá de sus obligaciones legales, como iniciativas propias no previstas en una ley previa, siempre que, como dice el profesor SÁNCHEZ MORÓN, estén dirigidas a cumplir su misión institucional de servicio a los intereses generales, pues los servicios que la definen formarían parte de su actividad por naturaleza. Y la respuesta ha de ser afirmativa, pues además de la búsqueda de beneficios directos, que inciden sobre la motivación de las personas a su servicio, han de buscarse otros indirectos, de tipo reputacional, tales como los instados por el Parlamento Europeo para la introducción de cláusulas sociales y ambientales en la contratación, canal indirecto que contribuye a ensanchar el campo de las políticas activas de carácter sectorial, relativas al empleo y la sostenibilidad.

Es cierto que, como se ha dicho en el Capítulo II, la RS de las Administraciones Públicas es más amplia que la derivada de la mera inclusión de cláusulas sociales y ambientales, más amplia, incluso, que las políticas activas con las que

se relacionan, pero también que, a través de aquéllas, se propician beneficiosos efectos para la relación contratista-subcontratista-proveedor, obligándoles a internalizar los costes de adopción de las mismas, especialmente para mitigar los impactos del consumo de bienes y servicios públicos sobre el medio ambiente.

Queda demostrada la interrelación entre la contratación pública y la responsabilidad social, así lo establece el Parlamento Europeo en su Resolución de 6 de febrero de 2013, al igual que la Subcomisión creada en Las Cortes Generales relativa a la promoción de la RSE, enviando señales al mercado de reconocimiento de aquellas empresas que brinden a la sociedad un valor adicional en materia ambiental y social o, finalmente, la doctrina, por todos BERNAL BLAY, cuando admite que puede hablarse de una responsabilidad social de la contratación pública.

**Conclusión 2. La contratación pública es un potente inductor para la consecución de finalidades sociales y medioambientales, pero presenta frenos basados en la incertidumbre jurídica de su aplicación, que le restan eficiencia y credibilidad.**

La contratación pública trasciende de los clásicos postulados garantistas para, sin abandonarlos, situarse en una visión instrumental y estratégica, asumiendo un papel clave para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, tal y como señala la Comisión Europea.

En la actualidad no puede entenderse una contratación limitada al aprovisionamiento de bienes y servicios, bajo unos principios orientados a garantizar la libertad de acceso y no discriminación de las empresas licitadoras, con el propósito de conseguir bienes y servicios más ventajosos, efectivos y económicos posibles. Por el contrario, la nueva contratación pública, preocupada por la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, receptores de bienes y servicios públicos, introduce una visión estratégica para abrazar nuevas e innovadoras posibilidades de influir en políticas sociales y medioambientales.

Sin embargo, la incertidumbre sobre la correcta aplicación de esta visión atenaza las posibilidades de innovar en el campo de la compra pública, impide una auténtica contribución a la ejecución de las políticas, y favorece la vuelta a una compra clásica, basada en el precio y calidad de las prestaciones, sin necesidad de “ir más allá” en ese ejercicio de responsabilidad social que es causa de la búsqueda inapelable de la mejora continua de los servicios. La consecuencia de no introducir esta perspectiva estratégica en los procedimientos de compra pública, tendrá su reflejo en la incapacidad de satisfacer las demandas de los ciudadanos y de los grupos de interés afectados, ya sean sociales, económicas o medioambientales.

**Conclusión 3. No se demuestra una relación directa entre la obtención de la eficiencia en el gasto a la que se refiere el artículo primero de la LCSP 2017 y el establecimiento de características sociales, medioambientales y de innovación, pese a los loables intentos del legislador y de la doctrina científica. El deseo compartido de que lo social es bueno por naturaleza, choca con la falta de evidencias, lo que no impide sostener que éstas sean determinables.**

Esta nueva faceta de la contratación como instrumento social puede que no sea gratis, y al menos, a priori, no existen datos sobre la compensación de los mayores gastos con los beneficios indirectos, tales como el ahorro derivado del mayor número de cotizantes o de la tributación en renta que corresponden a distintas Administraciones, o los ahorros generados por una correcta gestión de los residuos provenientes de las obras, suministros o servicios, mediante la aplicación de técnicas, tales como el ciclo de vida o la economía circular. Y, aunque se intuyen, es solo eso, una intuición, insuficiente para afirmar, tal y como lo hace el artículo primero de la LCSP 2017, que su inclusión (se refiere a las cláusulas sociales y medioambientales), proporciona una mejor relación calidad-precio, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.



Toda la doctrina científica hace intentos loables de aproximación del binomio beneficio social/eficiencia, incluso simula escenarios, pero es mera intuición, mezclada con el deseo de que sea así. Pero lo cierto es que nos faltan estudios rigurosos de impacto en las políticas con los que sostener esa eficiencia en el gasto público. No hay respuestas generales desde las Administraciones Públicas a la pregunta de cómo saber si su aplicación resulta rentable, esto es, mejor gastado el euro socio-responsable de la contratación pública, que el euro transferencial (subvención) a través de las políticas activas. Se dan, sin embargo, algunas buenas prácticas localizadas preferentemente en Ayuntamientos.

Las Administraciones Públicas pueden optar por intervenir en el ejercicio de sus potestades administrativas para el cumplimiento de sus fines, mediante instrumentos de fomento o mediante la utilización estratégica de la contratación que defendemos en esta Memoria, según se dé la mayor eficiencia para el órgano de contratación. La decisión entraña gran dificultad y habrá de tomarse no presumiendo, como lo hace el artículo primero de la LCSP 2017, sino mediante prueba fehaciente de que el clausulado social y medioambiental no supone un mayor gasto, y al contrario, supuesta la innovación que incorpora, hace más rentable la realización de la obra, la adquisición del bien o la prestación del servicio.

Como decimos en el Capítulo III, la diferencia entre lo que abunda, definición de beneficios de corte estratégico, tocados por la presunción de eficiencia, y lo que escasea, medición de los mismos, para justificar su utilización frente a las políticas activas sectoriales, puede representarse mediante el Informe relativo a la Contratación Pública en España-2017, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que al referirse a la contratación pública ecológica, y partiendo de un escenario de dificultad, adelanta unos primeros indicadores cuantitativos que nos sitúan en el camino de la medición que defendemos, como medio de valorar el impacto de la contratación estratégica.

Todas las normas reguladoras de la contratación pública, en el ejercicio comparado que se hace, asocian eficiencia y satisfacción de fines institucionales. Los matices los encontramos en la preponderancia, económica o social, de la eficiencia a conseguir. En ninguno de los casos estudiados se ven enfoques, que propendan a la medición, y al sostenimiento con datos, de que la mayor eficiencia o el mayor valor del componente precio que se paga por una obra, un suministro o un servicio, se obtiene de la consideración de características sociales, medioambientales o relacionadas con la innovación pública.

El Tribunal de Cuentas Europeo no niega la utilización estratégica de la contratación pública, preocupado de su rentabilidad, sin embargo no establece metodologías de medición ni la computación de beneficios directos e indirectos, cuando el interés trasciende al del propio poder adjudicador.

En fin, difícil *cuadratura* entre una Europa que hunde hasta el tuétano el marchamo de la libre competencia y unos poderes adjudicadores inmersos en una competición por la inclusión de criterios sociales y medioambientales sin tener en cuenta el trabajo con datos, que efectivamente pruebe la obtención de la mejor calidad y precio y, por ende, la mayor eficiencia de la compra pública.

**Conclusión 4. Pese a la apariencia de que lo social y lo medioambiental importan, perdura la preponderancia de la libre competencia frente a la pacífica inclusión de beneficios sociales en todas las fases del procedimiento de contratación. Pero, ni el afán inflacionista de introducir criterios de adjudicación de perspectiva social y medioambiental, ni el carácter restrictivo de una visión economicista, sirven en esta nueva etapa de primacía de lo estratégico, sino es para la búsqueda del equilibrio que buscamos.**

El último paquete de Directivas de 2014, trasciende del enfoque cerrado y limitado a la satisfacción de exigencias sociales propias de los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, propio de las Directivas de 2004, a otro más amplio que se orienta a la promoción de finalidades de integración

social o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, el fomento de la contratación de mujeres, la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, la mejora de las condiciones sustanciales de trabajo, o la conservación del medio ambiente, favorecedoras todas ellas de la calidad prestacional que incorpora el objeto del contrato.

Lo intrínseco y lo inherente al objeto del contrato, adjetiva el principio de libre competencia y pugna en lucha constante con los aspectos sociales y medioambientales, a menudo asociados a la mejor relación calidad-precio y eficiencia de las compras públicas, aunque considerados, frecuentemente, como elementos extraños a la directa relación con el citado objeto.

La difícil vinculación de algunas cláusulas de naturaleza social al objeto del contrato, no impide afirmar que los factores productivos, en la teoría clásica, tierra, capital y mano de obra, son inputs que intervienen en la elaboración de bienes y servicios para su conversión en outputs o salidas, causa del resultado esperado y de los fines institucionales que se satisfacen con el contrato. De ahí que, las finalidades de tipo social, previstas en el art. 145.2 de la LCSP 2017, forman parte de la calidad productiva y no son ajenas a la inherencia propia de los criterios de adjudicación o a su valor intrínseco de mayoritaria aceptación.

Que la eficiencia social, además de la económica, puede darse, que los beneficios sociales existen, que lo social es bueno *per se*, no se discute apriorísticamente, pero debe demostrarse en la Memoria de necesidad del contrato, de modo directo, claro y proporcional.

En definitiva, no todo vale, ni el afán inflacionista de introducir criterios de adjudicación de perspectiva social y medioambiental, ni el carácter restrictivo de una visión economicista que no tiene en cuenta las posibilidades concurrentes de las estrategias de contratación pública y las políticas activas, cuando, como defendemos en esta Memoria, se acredita la eficiencia en el uso de los fondos públicos.

Es cierto que todavía pugnan principios como la libre competencia, vinculado a la preferente obtención de una ventaja económica para el órgano de contratación, con los principios del desarrollo humano, ligando crecimiento innovador, sostenible e integrador, mediante el uso eficiente de los recursos públicos. Pero también lo es que, utilizando la expresión aristotélica, “en el término medio está la virtud”, puede contribuirse desde los órganos de contratación a la obtención de obras, servicios y suministros de gran calidad, a buen precio, al tiempo que respetuosos con el medio ambiente, y con determinadas características sociales dirigidas a compensar las desventajas de las personas más desfavorecidas.

**Conclusión 5. Los trabajadores o los métodos productivos ecológicos, aunque no formen parte de la sustancia material del objeto del contrato, están vinculados a él. El rendimiento entre ofertas, como elemento diferenciador, contempla el económico, el social y el ambiental, preciso para alcanzar el máximo beneficio para el órgano de contratación, esto es, el mejor precio de la prestación con las máximas ventajas sociales y medioambientales.**

La definición del objeto a través de las especificaciones técnicas, las ofertas presentadas por los licitadores, adecuadas y relacionadas con el objeto del contrato, y la formulación de criterios de adjudicación vinculados al mismo, tanto en aspectos inherentes, como en procesos previstos en otras etapas de su ciclo de vida y determinantes de su calidad; forman un círculo virtuoso y equilibrado, preciso para la obtención de ofertas de la máxima calidad-precio, y satisfacer la necesidad pública que se pretende con el contrato.

Desde la aprobación del cuarto paquete de Directivas de 2014, consideramos prestación intrínseca estricta, como aquella referida a la prestación nuclear del contrato, y distinguimos los factores que originan su producción, tales como las personas, los recursos, y las formas productivas. Razón por la cual, entendemos que tan importante es el objeto material de la necesidad del órgano de contratación (realización de la obra, suministro o servicio), como las personas

intervinientes en su producción, o las formas o métodos productivos ecológicos, aunque en ambos casos no formen parte de la sustancia material de aquél.

Nadie duda, por ejemplo, de que la consideración del ciclo de vida de un producto o de una obra puede producir ahorros, al tener en cuenta otros costes asociados del Capítulo II del presupuesto público (compra de bienes y servicios), como el mantenimiento, pero tampoco hemos de dudar respecto a que puede resultar más beneficioso para el órgano de contratación un precio más asequible, no obstante el consumo, el mantenimiento y la gestión de los residuos posteriores imputables al mismo producto u obra. Lo que ya no admite comparación es el cómputo de externalidades generadas a la ciudadanía, y ajenas al órgano de contratación y al contratista, y tampoco la consideración del proceso circular de la economía, pues en ambos casos, frente al mejor precio, siempre habrá que considerar los menores impactos ambientales, como valor superior a proteger, por responsabilidad social con la preservación del espacio natural sobre el que se desarrolla la vida humana. Y esto, tendrá, seguramente, un mayor coste, pero también un mayor beneficio, aunque sea indirecto para el órgano de contratación.

Igualmente, parece clara la voluntad del legislador de optar por la mejora de las condiciones de trabajo de las personas al servicio de las empresas contratistas, estableciendo una relación entre el contenido económico del contrato y obligacional, impidiendo la vulneración de la normativa socio-laboral y de cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales. Sin embargo, el enfoque economicista de la compra pública, como salvaguarda del principio de libre competencia, sigue empañando, según MOLINA NAVARRETE, la claridad de un mandato legislativo favorable a la inclusión de esta visión estratégica de la compra pública.

Finalmente, hemos estudiado las posibilidades de integración de aspectos sociales y medioambientales en esta fase de adjudicación, sometida a discrepantes visiones doctrinales, especialmente procedente de los TARC, derivadas de la distinta consideración del concepto de vinculación con el objeto

del contrato y rendimiento comparado de las ofertas, mayoritariamente de carácter económico, y a raíz de las mismas hemos adoptado los siguientes requisitos, para dotar de seguridad jurídica al gestor de las compras públicas:

- Vinculación al objeto del contrato
- Definición en las especificaciones técnicas
- Valoración del rendimiento comparado de las ofertas
- Libre elección para el contratista
- No atribución al órgano de contratación de una libertad incondicional de elección.
- Mencionados expresamente en el Pliego o en el anuncio de licitación
- Respeto de los principios fundamentales del Derecho comunitario,

De este modo, el gestor podrá establecer beneficios o características sociales como criterios de adjudicación, evitando una fácil exclusión de los mismos, aunque se refieran a la mejora de las condiciones laborales o salariales.

**Conclusión 6. Sobresale el establecimiento de cláusulas sociales y medioambientales como Condiciones Especiales de Ejecución, frente a su utilización como Criterios de Adjudicación, sin tener en cuenta la armonía entre el contenido obligacional y económico del contrato.**

Se constata una mayor simplicidad de integración de las características sociales y medioambientales como condiciones especiales de ejecución, frente a la dificultad de su consideración como criterios de adjudicación, debido fundamentalmente a la evaluación del rendimiento comparado de las ofertas que conllevan estos últimos. Sin embargo, las condiciones de ejecución pueden resultar discriminatorias y especialmente gravosas si no se evalúan previamente en el diseño del contrato y, en su caso, tenidas en cuenta en el cálculo de su valor estimado, de modo que no se altere el equilibrio entre criterios matemáticos y de juicio de valor, derivado de la necesidad de compensar en precio o en calidad la insuficiencia del presupuesto del contrato, induciendo a error a los operadores económicos.

**Conclusión 7. La reserva de contratos y de determinados servicios del Anexo IV de la LCSP 2017, se erige en modelo complementario de la integración de características sociales y medioambientales en el proceso de contratación, pero en la práctica falta concienciación para introducirlo.**

La LCSP 2017, marca ese profundo talante de inspiración social al fomentar el empleo entre personas con dificultad para obtenerlo, o entre Entidades integradas por trabajadores que llevan a cabo una especie de autoempleo participativo en el que prima la persona frente al capital. Dos modelos diferentes de integración de características sociales, a través del proceso de contratación o mediante la reserva de contratos o de servicios determinados a ciertas Entidades reconocidas por la ausencia de lucro y la autogestión de los trabajadores. Ambos modelos no son incompatibles, sino que se complementan, completando las distintas posibilidades de colaboración con las políticas sociales directas. La reserva, no constituye ninguna vulneración de los principios de libre competencia y no discriminación, como queda evidenciado en esta Memoria, siendo un modo de proteger el empleo de los más vulnerables.

Pero la reserva de contratos no acaba de surtir los efectos beneficiosos que se esperan, no solo porque escasean los acuerdos de reserva en los ámbitos autonómicos y locales, sino porque tampoco los órganos de contratación encuentran acomodo en esta fórmula para la prestación de servicios compatibles. Consideramos que falta concienciación, mejor conocimiento del modelo y una mayor proactividad para explicarlo en aquellos servicios donde su eficacia está demostrada.

**Conclusión 8. El Concierto social se demuestra como una modalidad no contractual adecuada para la prestación de servicios sociales, sanitarios y educativos, siempre que contribuya a la consecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, se controle por las Administraciones otorgantes su “funcionamiento normal”, y no distorsione la competencia.**

Tanto los contratos reservados como la acción concertada, son modelos que llevan a la práctica la acción social, no directa, de los poderes públicos, para conseguir esa estrategia contributiva de las políticas sociales.

Es posible adjudicar, mediante fórmulas no contractuales, los servicios denominados a las personas, entre los que se encuentran los servicios sociales, sanitarios, incluso los farmacéuticos, excepto el transporte de pacientes en ambulancia, educativos y hasta de empleo, a entidades o asociaciones sin ánimo de lucro y objeto o finalidad como asociación de interés social, siempre que así lo prevea la legislación autonómica, contribuya a una finalidad social y a la consecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria. Si bien, como dice el profesor GIMENO, el modelo no puede distorsionar de forma indebida la competencia ni convertirse en exclusivo.

Las entidades concertadas no deben obtener beneficio económico derivado de su actividad, sin perjuicio de la compensación de costes directos e indirectos, no más allá de los necesarios para un “funcionamiento normal”, ajustados a rendimientos y calidades propias del mercado, tratando de evitar situaciones abusivas en un contexto en el que falta el ánimo de lucro, pero sobran organizaciones y entidades ineficientes, que bajo esta apariencia pueden resultar muy gravosas a la economía de la prestación.

**Conclusión 9. La falta de una función de control material durante la ejecución de los contratos, podría desvanecer la integración de beneficios sociales o ralentizar su crecimiento, perdiendo la oportunidad de influir en el comportamiento de las empresas, para conseguir mercados más permeables a estas políticas.**

Se desconocen en nuestro derecho interno las herramientas organizativas, formales y materiales con las que deberían contar los Responsables del Contrato para llevar a cabo la función de control y supervisión de su ejecución, sin perjuicio de las que cada Órgano de Contratación les atribuya. Menos aún de la



imbricación de la Unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato, si hacemos salvedad de algunos ejemplos, tales como los Ayuntamientos de Valladolid y Logroño.

El potente inductor en el que se convierte la visión estratégica de la contratación pública, para la contribución al fomento de políticas sociales y medioambientales, puede verse minimizado por falta de una estructura de control, con una misión clara y atribuciones concretas. Sin el impulso necesario, se pasará, en un corto período de tiempo, de “estar bajo los focos” de la opinión pública a la pérdida de la oportunidad de influir en el comportamiento de las empresas, para conseguir mercados más proclives a estas políticas.

En definitiva, partimos de una mejorable supervisión de los contratos si queremos conseguir una eficiente utilización de los recursos dedicados a la contratación, y sabemos que se necesitan soluciones en ámbitos como el de la formación de los profesionales, el eficaz desempeño de las tareas, la interiorización de la contratación pública como herramienta al servicio de fines superiores como el bien común, y la utilización de controles objetivos para la toma de decisiones, actuando como si lo que se construye, se compra o se presta, fuera nuestro propio patrimonio, el de todos.

**Conclusión 10. Nos faltan evidencias, en la actividad contractual de las Administraciones territoriales, de la efectiva aplicación del mandato del legislador para la incorporación transversal y preceptiva de criterios sociales y medioambientales. Su inclusión testimonial en las fases de preparación y control de ejecución, y la falta de compromiso claro y contundente en la fase de adjudicación, revelan una aplicación timorata por los Órganos de Contratación. La valoración jurídica de su establecimiento no es más optimista.**

Con el estudio llevado a cabo, regresamos al planteamiento de una de las cuestiones paradigmáticas de la Memoria. Hemos de motivar por qué tildar con perspectiva social el proceso de selección, adjudicación y ejecución de un

contrato, esto es, si interesa más, o lo mismo, que llevar a cabo políticas activas o de fomento que persigan idénticos propósitos.

No se detectan evidencias sobre la posible compensación de los mayores gastos de la contratación estratégica con la obtención de beneficios indirectos para el órgano de contratación tales como el ahorro en políticas sociales, más el incremento del número de cotizantes a la Seguridad Social y de la tributación por renta, o de las externalidades medioambientales causadas por el consumo de bienes y servicios. Y éstas, como decimos en el Capítulo XII, no son buenas noticias, porque la fase de preparación del contrato es el elemento causal o el origen de la introducción de esta perspectiva en las fases subsiguientes. Lo que nos lleva a la consideración, poco optimista, de que el establecimiento de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación pública no se basaría tanto en un uso racional complementario de estas políticas, sino más bien, en un mandato legal que las da por buenas, fundamentalmente eficientes, sin haber evidenciado su comportamiento. Lo que evidentemente se aparta de las tesis que venimos manteniendo de sí a lo social, pero con demostración de su eficiencia.

Debemos aprovechar el caudal de beneficios, no calculados o no demostrados, que reportan las cláusulas sociales y medioambientales para ir “creando cultura” y contribuir a la mejora de estas políticas, estableciéndolas en aquellas fases, de adjudicación y ejecución, de mayor aceptación por los gestores, y vayamos puliendo la justificación de su introducción en las fases de diseño y preparación del contrato, no vaya a ser que en el ánimo de búsqueda de la perfección, no tengamos nada que justificar, porque nada nos anima a hacerlo.

Los pocos órganos de contratación que se atreven a establecer características sociales como criterio de adjudicación, no desconocen que se arriesgan a que, semanas después, puedan ver anulados sus pliegos y retrotraídos al momento en el que se produjo su aprobación o irregularidad. Esta situación conduce a la adopción de posiciones muy conservadoras, limitando las posibilidades de inclusión de la perspectiva social a las condiciones de ejecución del contrato, si

bien tiene la ventaja de que no arriesga el objeto principal del contrato, esto es, la obra, suministro o servicio, y el inconveniente de la falta de proyección de las políticas. No obstante, destacan por la variedad de su casuística las características integradas por los poderes adjudicadores locales.

La mayor parte de los criterios de adjudicación recogidos son poco transparentes, presentan una redacción ambigua y necesitada las más de las veces de un mínimo desarrollo que garantice su objetividad. Aseveraciones que se identifican con las recogidas en el Informe relativo a la contratación pública en España-2017, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. En definitiva, se trata de una falta de transparencia que es común al conjunto de criterios de adjudicación, con independencia de su perspectiva social o medioambiental. Limita las posibilidades de concurrencia y el ejercicio de la función de control, incidiendo negativamente en la eficiente utilización de los fondos públicos.

De los datos obtenidos en la fase de ejecución, se evidencia que existe un mayor arraigo, y que un alto porcentaje de los órganos de contratación establece condiciones de ejecución, obligatorias desde la perspectiva que tratamos, limitando la exposición al riesgo. Siguen destacando, igualmente, las Administraciones Locales por riqueza de su casuística social y medioambiental. Además, se detectan requisitos ambiguos, inconclusos, poco claros, que dificultan el necesario seguimiento de los contratos. Los datos demuestran que las características sociales son más conocidas o requieren de menor especialización que las medioambientales.

En la fase de control, la muestra recogida viene a constatar un planteamiento laxo, con escasas evidencias funcionales. Si nuestra hipótesis partía de una mejorable supervisión, se confirma ésta mediante el trabajo de campo realizado, lo que se traduce en pérdidas de inversión pública y ganancias patrimoniales privadas.

La ambigüedad e inconclusa elaboración de las cláusulas sociales y medioambientales en las fases de adjudicación y ejecución, repercuten en el bloqueo que sufre la acción de control de los órganos de contratación. Las mejores prácticas detectadas provienen de Ayuntamientos con cierta experiencia en el establecimiento de la perspectiva que tratamos.

Finalmente, el desconocimiento y la falta de compromiso de los gestores, produce un exceso de tolerancia de la función de control, incompatible con la defensa del interés público.

**Conclusión 11. Es posible implantar el nuevo enfoque social en las Unidades y Departamentos de la Administración, y extender por capilarización a las empresas, proveedores y subcontratistas, sus importantes beneficios.**

Como decimos en el Capítulo XIII, la falta de evaluación general de la contratación pública, nos lleva a establecer una mera presunción a favor de la necesidad de crear de una estructura de supervisión, dado que los beneficios derivados de la función de control son difíciles de cuantificar, si no es sobre la variedad de incidentes que presenta la fase de ejecución del contrato u otros perjuicios causados a la hacienda pública, producto de indemnizaciones por impago de salarios, la falta de cotizaciones a la Seguridad Social o la omisión de la práctica de retenciones por IRPF. Presunción que extraemos de la doctrina judicial y administrativa, y no tanto de la práctica comparada.

Diseñada la estrategia de implantación, fijados sus intangibles, tales como una gestión orientada a procesos, el plan anual de contratación, la actuación bajo los principios de transparencia y profesionalización, y promovida la creación de la Oficina de apoyo a la supervisión de la ejecución de los contratos, supuestamente amortizada con los beneficios que conlleva, el siguiente paso consiste en la realización de acciones de sensibilización con las empresas y los grupos de interés, proyectando la necesaria “capilarización” de los beneficios

sociales hacia segundas y siguientes estructuras colaboradoras para conseguir una auténtica responsabilidad social en red.

### **Conclusión Final. Recapitulación**

Finalizada la Memoria, efectuadas estas conclusiones que no son sino una síntesis del amplio estudio llevado a cabo en los distintos capítulos en los que se descompone la misma, podemos convenir en que no se dan importantes evidencias de mejora de la presunción que el propio Parlamento Europeo establece en 2013, cuando dice: *“sigue sin estar claro en qué medida las autoridades públicas han adoptado realmente las sucesivas modificaciones de la normativa europea en materia de contratación pública y qué impacto global se ha logrado en cuanto a la mejora del comportamiento social y medioambiental de las empresas y al impulso de la RSE; pide que se realicen más investigaciones y evaluaciones de impacto que se traduzcan en unas recomendaciones claras para ofrecer incentivos fácilmente comprensibles a las empresas; pide que esto incluya un análisis de la práctica, cada vez más habitual, de las empresas de incorporar cláusulas de RSE en sus propias adquisiciones privadas, es decir en contratos entre empresas, y pide que se determinen las buenas prácticas en este ámbito”*.

Esta falta de claridad de la que nos habla el Parlamento Europeo no se disipa con lo que hemos venido denominando dogma establecido en el artículo primero de la LCSP 2017, cuando afirma su convencimiento de que la incorporación de criterios sociales y medioambientales, proporciona una mejor relación calidad-precio, porque se necesitan evidencias de alta dificultad probatoria, que rara vez se producen. Pero, al menos, en esta Memoria no se eluden las cuestiones más espinosas sobre la eficiencia de lo social, sobre la pugna que mantiene con el principio de libre competencia y la vinculación al objeto del contrato, o con la ausencia de una auténtica función de control, que concurre con la falta de estructuras propiciatorias de un mayor impacto de la contratación estratégica en la mejora del comportamiento social y medioambiental de las empresas.

El Parlamento Europeo, consciente de esta realidad, acaba solicitando más investigaciones y evaluaciones de impacto, que se traduzcan en recomendaciones claras para las empresas, y esta Memoria pretende ser una pequeña aportación, con una visión más poliédrica, más holística, apoyada en herramientas administrativas, de tipo contractual y organizativo, para conseguir finalidades sociales, medioambientales y de innovación de alto espectro, como es la Responsabilidad Social de las Administraciones Públicas.

Pero queda mucho por hacer, hemos de ganar en profesionalización, adecuada al diseño socialmente responsable de los contratos y en seguridad jurídica, mediante criterios interpretativos comunes; pero sobre todo, en algo que es más difícil todavía, en la propagación del convencimiento, con datos, de que la introducción de cláusulas sociales y ambientales mejora la relación calidad-precio y la eficiencia en la utilización de los fondos públicos o, en palabras del profesor GIMENO, *“educar el paladar de instituciones públicas y privadas y de los ciudadanos, para que pongan en valor la sostenibilidad social”*. Quizá esta última parte, junto a otras acciones de innovación social y medioambiental constituyan futuras líneas de investigación, siempre enfocadas a la obtención de la máxima utilidad para los gestores que han de aplicarlas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Pablo. “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”. 25/02/2016 Estudios y Comentarios. “La Administración al día”, INAP. Artículo publicado en el núm. 41 de la *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel, 2016).
- ALBA PACHECO, Marta, “La aptitud para contratar con las Entidades del Sector Público”, capítulo 13 del libro *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Directora CAMPOS ACUÑA, Concepción, *El Consultor de los Ayuntamientos*. Wolters Kluwer, Ene. 2018. Págs. 477 y ss.
- ALBA PACHECO, Marta, “Las ofertas anormalmente bajas: Especial referencia a los criterios medioambientales”, Cap. 6 del libro *Compra Pública Verde*, Directora LAZO VITORIA, Ximena, Ed. Atelier 2018. Págs. 145 a 162.
- ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía. “Responsabilidad social y Administración Pública (1)”. *Diario La Ley*, Nº 7917, Sección Tribuna, 6 de Septiembre de 2012, Año XXXIII, Ref. D-307, Editorial Wolters Kluwer. Pág. 1.
- ALGUACIL MARÍ, M<sup>a</sup> Pilar y FELIP TORRENT, Vanesa. “La economía del bien común en la contratación pública”. Universitat de València. Cátedra Economía del Bien Común/UV”. Págs. 22 y ss.
- ALONSO GARCÍA, Consuelo, “Contratación Pública Ecológica”, *Gabilex*, Nº Extraordinario Marzo 2019. Págs. 159-175.
- ANDRÉS PÉREZ, M. Rocío. “ISO 20400: Primera norma internacional sobre compra sostenible”. Observatorio de Contratación Pública, 11 de septiembre de 2017.
- ANDRÉS PÉREZ, M. Rocío. Observatorio de Contratación Pública. Visto en Internet el día 15/08/2018 en la dirección:  
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.246/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.58b948e3dd6f6ab8a6cde982331f44e1>
- ARENILLA, M., “Innovación y transformación de la Administración Pública Local”, Conferencia pronunciada en Logroño el día 12 de marzo de 2015. II Congreso Europeo de Proximidad, Participación y Ciudadanía.

- AYMERICH CANO, Carlos, “Crisis económica y contratación pública”. Cap. I, II parte del libro *Contratación Pública Estratégica*, Director PERNAS GARCÍA, J. José. Págs. 83-132.
- BERMEJO VERA, José, “Las prohibiciones de contratar en la Ley de contratos del sector público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 10, 2008.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “Hacia una contratación pública local eficiente”, Diputación Provincial de Zaragoza, convocatoria de los Premios a la Investigación 2013 de Desarrollo Local. BOPZ 6 de marzo de 2013.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel, Cap. III “El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos” del libro *Contratación Pública Estratégica*, Director PERNAS GARCÍA, J. José. Ed. Aranzadi, S.A. 2013. Págs. 161-186.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.”. Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia sobre “La nueva normativa de contratación pública como mecanismo para la reforma de la Administración Pública y la consecución de políticas públicas (sociales y medioambientales)”
- CÁCERES LUARTE, Natalia, “El sistema de compras y contrataciones administrativo en el Derecho Argentino y sus principios rectores”, del *Monográfico de Derecho Comparado de la Contratación Pública*, Director PINTOS SANTIAGO, Jaime, ALETHEIA, Cuadernos críticos del Derecho 1-2015. Págs. 17 y ss.
- CAMPOS ACUÑA, Concepción, ¿Cómo afecta el COVID19 al Plan anual de contratación?, dirección de internet: <http://concepcioncampos.org/como-afecta-el-covid19-al-plan-anual-de-contratacion/>
- CAMPOS ACUÑA, Concepción. “Verdades y mentiras sobre la innovación en la Administración Pública”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Wolters Kluwer, Ed. Especial, mayo 2018.
- CAMPOS ACUÑA, Concepción., “Una proyección de futuro: Retos de las Entidades Locales ante el nuevo marco normativo y medidas para



garantizar su cumplimiento”, Capítulo 4, del libro *El nuevo procedimiento administrativo Local tras la Ley 39/2015*, Coordinado por la autora, Wolters Kluwer España, S.A. 1ª edic. (abril 2016).

CANOVAS GARCÍA, Juan de Dios, y MATEOS GARCÍA, José. *Responsabilidad Social Corporativa: más que un modelo de gestión, un reto para las Administraciones Públicas*. Año 2014. Escuela de Formación e Innovación de la Región de Murcia.

CANYELLES, J.M. “Responsabilidad social de las administraciones públicas”. *Revista de Contabilidad y Dirección*. Vol. 13, año 2011. Págs. 77-104.

CARBONERO GALLARDO, José Miguel. “Hacia la contratación pública eficiente: propuestas para agilizar los procedimientos, gestionar estrategias y agilización de la contratación”. *Revista de Estudios Locales* núm. 152-2012. Págs. 153-169.

CARRILLO DONAIRE, J.A., “Buena Administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?” del libro *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, dirigida por SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Ed. La Ley, Wolters Kluwer España, S.A. 1ª ed., noviembre 2010. Págs. 1.157 y ss.

CASAS PARDO, José, *Curso de Economía*. Madrid 1982.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, Cap. Noveno “Las cláusulas sociales sobre fomento, calidad y mantenimiento del empleo en la contratación pública”, del libro *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. Belén GARCÍA ROMERO y María M. PARDO LÓPEZ, Directoras, THOMSON REUTERS ARANZADI, 2017. Págs. 261 y ss.

CERMI y FUNDACIÓN ONCE, *Manual de contratación pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad*, primera edición, octubre 2009, asesoramiento de ALONSO-ALEGRE, Germán, IberForo Madrid Abogados, Colección Barclays Igualdad y Diversidad, Director PÉREZ BUENO, Luis Cayo.

CHICANO JÁVEGA, E. y RODRÍGUEZ CASTAÑO, A.R., “Las cláusulas sociales en la contratación pública: estudio de la Instrucción 1/2016 del Ayuntamiento de Madrid”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. XIX, núm. 55, enero 2017. Págs. 113–134.

- CHINCHILLA PEINADO, J.A., y DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “Servicios de interés general y mercado interior”, del libro *Servicios de interés general y protección de los usuarios (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transporte y comunicaciones telefónicas)*, Directora GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, Dykinson Madrid, 2018. Págs. 82-83.
- COLÁS TENAS, Jesús. “El itinerario de la contratación pública: de Cádiz a nuestros días (parte I)”. *Estudios y Comentarios INAP*, 30/09/2013.
- CUBA VILA, Belén, “Metamorfosis competencial y licitatoria de los servicios sociales”. *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 24/2015, de 30 de diciembre. Editorial Wolters Kluwer.
- CUÉLLAR, Eloy, en la Ud.didáctica 1 “Modernización de la gestión pública. La calidad como estrategia de modernización”, del I Máster en Liderazgo y Dirección Pública del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP).
- DELGADO FERNÁNDEZ, Rosario, “El cálculo del coste del ciclo de vida en la contratación administrativa”. *Gabilex* Nº 7. Septiembre 2016. Págs. 114 y ss.
- DÍAZ PULIDO, José Manuel, “Concepto y objetivos de la Evaluación de Impacto”. IGLP-Harvard University, febrero de 2015. Presentación efectuada en el marco del Máster en Liderazgo y Dirección Pública. INAP-UIMP.
- DÍAZ SASTRE, Silvia, “Las cláusulas sociales en la Contratación Pública”, Editorial UAM-BOE, 2017  
(<https://repositorio.uam.es/handle/10486/686468?show=full>).
- DÍEZ SASTRE, Silvia, “Contratación pública socialmente responsable”, Cap. III, de la parte III “novedades sectoriales en contratación, competencia y sostenibilidad” del libro *Contratación, Competencia y Sostenibilidad: últimas aportaciones desde el derecho administrativo*, Directores: GUILLÉN CARAMÉS, Javier y HERNANDO RYDINGS, María. Ed. CIVITAS THONSON REUTERS, primera edición 2017. Págs. 263-287.
- DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma P. y MORENO MOLINA, José A., Cap. IV “Los contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad” del libro *Contratación Pública Estratégica*, Director PERNAS GARCÍA, J. José., págs. 187-212. Ed. Aranzadi, S.A., 2013. Págs. 187-212.

- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica, “Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público”, núm. 50 de la *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, enero 2019, y en Estudios y Comentarios de la sección “La Administración al día del INAP, 19/03/2019.
- DONCEL RODRÍGUEZ, Consuelo, “El plan de mejora de contratación pública local. Una oportunidad para los pequeños y medianos municipios”, *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 3/2020. Editorial Wolters Kluwer.
- DONCEL RODRÍGUEZ, Consuelo, “La creación de Unidades de supervisión y seguimiento de la contratación. Análisis de modelos”, del libro en prepublicación autorizada *Código de Buenas Prácticas en Contratación*, Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), 2020.
- DUQUE BOTERO, Juan David, *Contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Universidad del Rosario, 2018. Págs. 390-393.
- ESCRIHUELA MORALES, Javier, *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministros y de servicios*, 4ª edición, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, Mayo de 2012.
- FANLO LORAS, Antonio, *Fundamentos Constitucionales de la Autonomía Local*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, Cap. I “Incorporación cláusulas ambientales en la contratación pública”, del libro *Compra Pública Verde*, Directora, LAZO VITORIA, Ximena, Ed. Atelier 2018. Págs. 29-51.
- FERNÁNDEZ BUEY, Francisco, “Sostenibilidad: palabra y concepto”, *Museos.es*, 7-8/2011-2012. Págs. 16-25.
- FERNÁNDEZ DE LA GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, “La progresiva integración del medio ambiente en la actividad contractual y convencional de las Administraciones Públicas”, Cap. I del libro *Las cláusulas ambientales en la Contratación Pública*, Director: GALÁN VIOQUE, Roberto. Ed. Universidad de Sevilla. Instituto García Oviedo. Sevilla 2018. Págs. 23-48.
- FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge, “La Seguridad de la información en los Pliegos de cláusulas Administrativas y Técnicas reguladoras de los procesos de

licitación: Buenas Prácticas (1)", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1/2017, de 15 de enero.

GALA DURÁN, Carolina. "Responsabilidad social empresarial, derecho a la libre prestación de servicios y contratación pública de obras o servicios". *Relaciones Laborales*, Nº 13, Sección Doctrina, Quincena del 8 al 23 Jul. 2010, Año XXVI, Tomo 2, Editorial Wolters Kluwer. Pág. 713 y ss.

GÁLLEGO CÓRCOLES, Isabel, "Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017 de contratos del sector público: primeras experiencias aplicativas", *Contratación Administrativa Práctica* nº 159, enero-febrero 2019, Nº 159, 1 de enero de 2019, Editorial Wolters Kluwer.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. "La introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación", Cap. Tercero del libro *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. Belén GARCÍA ROMERO y María M. PARDO LÓPEZ, Directoras, THOMSON REUTERS ARANZADI, 2017. Págs. 81-111.

GÁLLEGO CORCÓLES, Isabel. "Las cláusulas sociales como criterio de adjudicación". *Contratación Administrativa Práctica* nº 152, noviembre-diciembre 2017.

GARBAJOSA ESCALERA, Laura, "Ecodiseño y análisis de ciclo de vida aplicado en BSH ELECTRODOMÉSTICOS ESPAÑA, S.A.", Capítulo 18 del libro *Compra Pública Verde*, Directora Ximena LAZO VITORIA, Ed. Atelier 2018. Págs. 365-379.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, S.A., Tercera Edición, 1979.

GARCÍA MOLINERO, Álvaro, "El modelo «defensa» de excelencia en la gestión de compras en el sector público (El ejemplo del Ministerio de Defensa)", de libro en prepublicación autorizada *Código de buenas prácticas en Contratación*, Red de Transparencia de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), 2020.

GARCÍA MOLINERO, Álvaro, "Sobre el control de la fase de ejecución de los contratos públicos: ¿evasión o responsabilidad!", véase la siguiente dirección de internet:

<https://reflexionesdeuninterventor.wordpress.com/2019/11/25/sobre-el->

[control-de-la-fase-de-ejecucion-de-los-contratos-publicos-evasion-o-responsabilidad/](#)

- GARCÍA ROMERO, M<sup>a</sup> Belén, “Cláusulas de inserción laboral y contratación pública”, Cap. Octavo del libro *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. Belén GARCÍA ROMERO y María M. PARDO LÓPEZ, Directoras, THOMSON REUTERS ARANZADI, 2017. Págs. 239-260.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II. Parte General: Conclusión. Edit. Tecnos, 8<sup>a</sup> edición.
- GIMENO FELIU, J.M., en su artículo “La Contratación Pública en los contratos sanitarios y sociales”, publicado en *El Observatorio de Contratación Pública*, consultado en Internet:  
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.497f7292d168ee3904cbcc66bc78cf2f>,
- GIMENO FELIÚ, José M<sup>a</sup>, “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, Zaragoza, 2018. Págs. 12-65.
- GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>, “La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP. Hacia una contratación socialmente responsable y de calidad”, *Revista Economía Industrial*, Núm. 415: Contratación Pública, 1er trimestre, año 2020.
- GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>, “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, núm. 159/2013. págs. 43 a 94.
- GIMENO FELIÚ, José M<sup>a</sup>, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Thomson Reuters, 1<sup>a</sup> edición 2014.
- GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>, en «Compra pública estratégica», del libro *Contratación Pública Estratégica*, Dir. PERNAS GARCÍA, José J., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2013. Págs. 45-76

GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>, *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Thomson Reuters, primera edición 2019.

GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>. “El principio de eficiencia”, del libro *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, Director, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ed. LA LEY, 1<sup>a</sup> Ed. 2010. Págs. 1255-1274.

GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>. “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, *Presupuesto y Gasto Público 82/2016*, Instituto de Estudios Fiscales. Págs. 137-158.

GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>., “La Contratación Pública en los contratos sanitarios y sociales”, publicado en el Observatorio de Contratación Pública: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/relcategoria.208/relmenu.3/chk.fda916418919b4edad19f1025462bf6>.

GIMENO FELIÚ, José M<sup>a</sup>., “Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias”, artículo de opinión publicado en la Web del Observatorio de Contratación Pública, el 9 de febrero de 2016.

GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>., Cap. VI.2 “Los Contratos de servicios a las personas y su exclusión de la Ley de Contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de servicios sociales” del libro *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP la LRJSP y la LRSAL*, Coordinador Martínez Fernández, José Manuel,” Ed. Wolters Kluwer, 2019. Págs. 689-710.

GÓMEZ GONZÁLEZ, Soledad. “Criterios ambientales y de economía circular en la contratación pública”, Presentación de ponencia, Valladolid, 12 de dic. de 2018. Curso “Criterios Ambientales y de Economía Circular en la contratación pública”

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., prólogo del libro *Contratación Pública Verde* de PERNAS GARCÍA, J. José, Ed. La Ley, Dic. 2011.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Laureano, “El problema de los defectos e irregularidades en el procedimiento de contratación pública en España: algunas propuestas de mejora desde el enfoque de la gestión pública”,

*Contratación Administrativa Práctica*, nº 148, marzo-abril 2017, Editorial Wolters Kluwer.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás Alejandro, “Unidad del mercado interior, normalización industrial, etiquetas ecológicas y sistemas de gestión y auditoría medioambientales”, Capítulo, sin numerar, del libro *Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental*, Director GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública. Zaragoza 2018. Págs. 323-324.

HERNÁNDEZ SALGUERO, Elena, “Las cláusulas de estrategia medioambiental en la doctrina de los tribunales de recursos contractuales”, Capítulo 9 del libro *Compra Pública Verde*, Directora Ximena LAZO VITORIA, Ed. Atelier 2018. Págs. 189-197.

HERNANDO RYDINGS, María. “El fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación a través de las compras públicas”. *Revista española de derecho administrativo*, Nº 174, 2015. Págs. 255-284.

JIMÉNEZ, Sergio, Véase la siguiente dirección de internet:  
[https://www.youtube.com/watch?v=pj\\_Uath0Fhc](https://www.youtube.com/watch?v=pj_Uath0Fhc).

LAGO NÚÑEZ, Guillermo, “La Ejecución de los contratos públicos”, *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 120, Sección Reflexiones, del 1 Jun. al 31 Jul. 2012, Editorial LA LEY.

LAZO VITORIA, Ximena, “Cambio Climático y contratación pública. Novedades del Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética”, *Observatorio de Contratación Pública*, 7 de marzo de 2020.

LAZO VITORIA, Ximena, “La perspectiva ambiental de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, especial referencia al coste del ciclo de vida”, Cap. V del libro *Compra Pública Verde*, Directora la autora, Ed. Atelier 2018. Págs. 131-144.

LAZO VITORIA, Ximena, “La figura del “concierto social” tras las Directivas europeas de contratación pública”. Artículo de opinión publicado en el *Observatorio de Contratación Pública* el 7 de noviembre de 2016.

LESMES ZABALEGUI, Santiago, EMAKUNDE-Instituto Vasco de la Mujer, *Guía de Cláusulas para la igualdad de mujeres y hombres en contratos, subvenciones y convenios públicos*, abril de 2013.

- LESMESS ZABALEGUI, Santiago, *Guía Práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública*, edita Delegación de Promoción Económica y Empleo Área de Cultura, Juventud y Cooperación Local. Diputación de Granada, 20 de julio de 2011.
- LETÓN GARCÍA, Pedro, “Análisis del ciclo de vida: metodologías y aplicaciones”, Capítulo 17 del libro *Compra Pública Verde*, Directora Ximena LAZO VITORIA, Ed. Atelier 2018. Págs. 347-363.
- LICO, Miguel A, “El sistema de compras y contrataciones administrativo en el Derecho Argentino y sus principios rectores”, del Monográfico de *Derecho Comparado de la Contratación Pública*, Director PINTOS SANTIAGO, Jaime, ALETHEIA, Cuadernos críticos del Derecho 1-2015. Págs. 37 y ss.
- LÓPEZ BLANCO, Ana Patricia, “Aplicación del análisis de ciclo de vida a las políticas europeas de producto”, Capítulo 19 del libro *Compra Pública Verde*, Directora Ximena LAZO VITORIA, Ed. Atelier 2018. Págs. 381-390.
- LÓPEZ GORDO, José Francisco. *Medio ambiente comunitario y protocolo de Kioto: La armonización de la imposición energética o un mercado sobre emisiones de gases de efecto invernadero*, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Junio 2008.
- LÓPEZ TOLEDO, Purificación. “La contratación pública verde y su nueva regulación en el derecho de la Unión Europea”. *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 134, Noviembre 2014, Editorial Wolters Kluwer.
- LÓPEZ, J. y GADEA, A., “Una nueva Administración Pública. Estrategias y métodos para mejorar la calidad y la eficiencia del e-Gobierno”, *IVAP*, 2001. Pág. 25 y ss.
- LORENZO DE MEMBIELA, J.B., “La gestión por objetivos (MBO) como instrumento de medición de la eficiencia administrativa”, *Revista de Actualidad Administrativa*, núm. 1, enero de 2008. Pág.3.
- LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. “Gestión pública y sus modelos internacionales”. *Actualidad Administrativa*, núm. 12. Diciembre de 2013, Nº 12, 1 de dic. de 2013. Editorial Wolters Kluwer.
- MANTECA VALDELANDE, Víctor, “instrumentos reguladores internos de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Administrativa*, nº. 5, mayo 2015, Wolters Kluwer.



MARTÍN BAUTISTA, María Teresa, “El principio de libre competencia en la contratación pública: influencias, restricciones y defensas”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 144, julio-agosto 2016, Edit. Wolters Kluwer.

MARTÍN LORENZO, Beatriz, RAMOS ANTÓN, Francisco, “La reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 165, enero-febrero 2020, Editorial Wolters Kluwer.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Disposiciones sobre contratación pública dictadas en el año 2016. Hacia la contratación íntegra y socialmente responsable”. *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 4/2017, de 28 de febrero, Editorial Wolters Kluwer.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José M., “Concomitancias del derecho laboral con el derecho de contratación pública”. *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 9/2015, de 15 de mayo, Editorial LA LEY.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José M., “Avanzando en contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación”, *La Administración al día*, INAP, 23/07/2015.

<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505081>

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José M., “Los criterios de adjudicación y su valoración”, *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 23/2017, de 15 de diciembre, Editorial Wolters Kluwer.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, “Medidas para facilitar a las PYMEs la participación en la contratación pública”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 153, enero-febrero 2018, Editorial Wolters Kluwer.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Wolters Kluwer 2016. Págs. 255-256.

MARX, Karl, *Contribución a la crítica de la Economía Política*, Prólogo, Ed. Comares, 1ª edición, 1ª impresión (01/2004).

MAÚJO DE LUIS-CONTI, Benigno y RAMOS FERNÁNDEZ, María Eugenia. “La Responsabilidad social en la Administración Pública”. *Universidad Pontificia de Comillas*. Madrid, marzo de 2015.

- MEDINA ARNÁIZ, T., “Comercio justo y contratación pública” del libro *Contratación Pública Estratégica*, Director: PERNAS GARCÍA, J.José, Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona 2013. Págs. 249-281
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “¿Quién contamina no contrata?, Las prohibiciones de contratar vinculadas a la protección del Medio Ambiente”, Cap. II del libro *Compra Pública Verde*, Directora LAZO VITORIA, Ximena, Ed. Atelier 2018. Pág. 53-78.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”, Cap. 8 del libro *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Director GIMENO FELIU, José M<sup>a</sup>, coordinadora DE GUERRERO MANSO, M<sup>a</sup> del Carmen, Thomson Reuters Aranzadi, primera edición 2019. Págs. 253-279.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “Las Cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo”, Cap. Segundo del libro *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, directoras GARCÍA ROMERO, Belén y PARDO LÓPEZ, María Magnolia, Edit. Aranzadi, 2017. Págs. 55-79.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa. “Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad”. *Actualidad Administrativa*, núm. 11, noviembre de 2013, Editorial Wolters Kluwer.
- MEDINA JURADO, Purificación, “Las cláusulas sociales en la contratación pública; retos y perspectivas”, *Revista del Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI)*, núm. 7, mar-jun 2010.
- MERINO MORENO, Carlos. “CoPs: Factores clave de éxito”. Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- MIRANZO DÍAZ, Javier. “La contratación pública como motor de cohesión social tras la Ley 9/2017”. *GABILEX*, núm. Extraordinario marzo 2019. Págs. 207 y ss.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de «legitimidad» al de sus «límites»”, *Temas laborales*, núm. 135/2016. Págs. 79-110.

- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “Las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”. *Revista del Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*. Núm. 302, 2008. Págs. 3-64.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. «Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público», *CEF.-Trabajo y Seguridad Social*, núm. 302/2008.
- MORCILLO MORENO, Juana. “Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 180 ISSN 2341-2135, núm. 47-48, Zaragoza, 2016. Págs. 180-209.
- MORENO IBÁÑEZ, Iván, “Las condiciones especiales de ejecución en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 164, noviembre-diciembre 2019, Wolters Kluwer.
- MORENO MOLINA, J.A. sobre la sentencia (CASTA), en “Servicios a las personas. Colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sanitarias”. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 144, julio-agosto 2016.
- MORENO MOLINA, J.A., en el marco de la Ponencia “Novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público” en el VIII Seminario de contratación pública en Formigal (Huesca), 20 a 22 de septiembre de 2017.
- MORENO MOLINA, José Antonio, *Hacia una compra pública responsable y sostenible, Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*. Monografías Tirant lo Blanch, Primera edición 2018.
- MORENO MOLINA, José Antonio. *Los principios generales de la Contratación de las Administraciones Públicas*. Editorial Bomarzo, 2006.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos (2012), “Las cláusulas sociales en la contratación pública: hacia una contratación responsable”, en *Aportes para un Estado eficiente*, Palestra Editores S. A.C., Lima. Pág. 530 y ss.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Análisis de las Cláusulas Sociales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”. Ponencia en la Jornada “Los compromisos sociales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público

como herramienta para lograr una mayor eficiencia en la contratación pública”, *INAP*, 19 de junio de 2018.

MURO CASTILLO, P. Comité de Dirección Grupo Sesaelec y Experto europeo en gestión de calidad. Consultado en:

<http://www.grandespymes.com.ar/2017/02/14/todo-lo-que-nunca-te-dijeron-de-una-empresa-se-trata-de-un-sistema/>

NOGUER PORTERO, M.C. y GUZMÁN VALVERDE, N., «Gestió dels recursos humans per competències: Una experiència municipal/la», *Colecció Papers de Recerca*. Generalitat de Catalunya de 1 de julio de 2007.

OCHENIUS ROBINSON, Iván, “La contratación pública y su apremiante control ¿porqué medir nuestras adquisiciones y qué nos obliga a hacerlo?” ASOCEX, Véase la siguiente dirección de internet: <http://asocex.es/la-contratacion-publica-y-su-apremiante-control-porque-medir-nuestras-adquisiciones-y-que-nos-obliga-a-hacerlo>.

OCHSENIUS ROBINSON, Iván, “¿Qué es necesario recordar de la eficiencia y eficacia en la contratación pública exigida hoy en día?. Conceptualización y diferencias”. *Contratación Administrativa Práctica* nº 152, noviembre-diciembre 2017, Editorial Wolters Kluwer.

OCHSENIUS ROBINSON, Iván, Observatorio de Contratación Pública, 16/10/2017, se pregunta ¿Qué son los objetivos operacionales y finales en materia de contratos públicos y cuáles deberíamos priorizar?. Véase en la siguiente dirección de Internet:  
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.313/relcategoria.208/chk.9a0d78eddd05c08aeca48dbe6f0a1145>

ORTEGA OLIVENCIA, Luis, “El coste de los servicios públicos locales”. *El Consultor* 5-2014.

ORTÍZ GONZÁLEZ-CONDE, Francisco M., Cap. Undécimo “Las cláusulas de contratación pública en relación a la conciliación y corresponsabilidad de la vida profesional, personal y familiar”, del libro *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Belén GARCÍA ROMERO y María M. PARDO LÓPEZ, Directoras, Thomson Reuters Aranzadi, 2017. Págs. 311-337.

OTERO VARELA, Juan Manuel, “Los objetivos del desarrollo sostenible y la contratación pública”. Cap. XV, del libro *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, Director RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, Instituto Nacional de Administración Pública INAP 2017. Págs. 387-400.

PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “La eficiencia en el gasto público y su relación con las características sociales, medioambientales y de innovación de los contratos” del libro *Guía de integridad en la contratación pública local, coordinación*, Bloque II, Cap. III CAMPOS ACUÑA, Concepción, FEMP. Red de Entidades Locales por la Transparencia y Participación Ciudadana, 2019.

PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “El nuevo presupuesto base de licitación. Costes directos e indirectos”, *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 5/2018. Mayo, Nº 5, 1 de mayo de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “El plan anual de contratación, una herramienta para la racionalización de la contratación del Ayuntamiento de Logroño”, del libro en prepublicación autorizada *Código de Buenas Prácticas en Contratación*, Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), 2020.

PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “La calidad como objetivo permanente en la prestación de los servicios”, Cap. III del libro *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, la LRJSP y la LRSAL.*, Coordinador José Manuel Martínez Fernández, Ed. Wolters Kluwer, 2019. Págs. 330-370.

PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales. ¿Potencia sin control?”, *Gabilex* Nº 7 Septiembre 2016, págs. 20 y ss, [www.gabilex.jccm.es](http://www.gabilex.jccm.es)

PALACÍN SÁENZ, Bernabé, “Novedades en los contratos de obras, servicios y suministros. Los contratos de servicios a las personas”, *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 23/2017, de 15 de diciembre, Editorial Wolters Kluwer.

PALACÍN SÁENZ, Bernabé. “La calidad como herramienta para conseguir un modelo eficiente de gestión pública, socialmente responsable”, Cap. I. del libro *Calidad, transparencia y ética pública*. Director PINTOS SANTIAGO,

- Jaime. Colección Monografías. Instituto Nacional de Administración Pública. Primera ed. 2017. Págs. 29-88.
- PALACÍN SÁENZ, Bernabé. “Las cláusulas de Responsabilidad social en la Contratación Pública Local, Cap. 8” del libro, *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Directora Concepción Campos Acuña. 1ª edic. Ene. 2018, El Consultor de los Ayuntamientos. Wolters Kluwer. Págs. 313 y ss.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. Ed. Ariel, S.A. 1ª Edic. 1990.
- PERNAS GARCÍA, J. José, “El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: ¿fuente de seguridad jurídica o de confusión en la utilización de criterios o cláusulas ambientales? Análisis de la doctrina del TARC y su perjuicio injustificado al uso estratégico de la compra pública (1), *Contratación Administrativa Práctica* nº 168, julio-agosto 2020, Nº 168, 1 de jul. de 2020, Editorial Wolters Kluwer.
- PERNAS GARCÍA, J. José, *Contratación Pública Verde*, LA LEY. 1ª edición: Diciembre 2011.
- PERNAS GARCÍA, J. José, “Contratación pública y eficiencia energética”, Capítulo VII del libro *Contratación Pública Estratégica*, Director: PERNAS GARCÍA, J.J. THOMSON REUTERS ARANZADI. Pamplona 2013. Págs. 283-328
- PERNAS GARCÍA, J. José, “El uso de las etiquetas ambientales en la contratación pública”, Cap. IV del libro *Compra Pública Verde*, Directora LAZO VITORIA, Ximena, Ed. Atelier 2018. Págs. 103-127.
- PINTOS SANTIAGO, Jaime y CÁCERES LUARTE, Natalia, “Enfoque de género en materia de contratación pública: desarrollo, situación actual y la promoción de éste en la legislación española y chilena”, *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 154, Sección Reflexiones, Marzo-Abril 2018, Editorial Wolters Kluwer.
- PINTOS SANTIAGO, Jaime, “El derecho de la contratación pública de la Unión Europea”, capítulo I del libro *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Directora Concepción Campos Acuña, El Consultor de los Ayuntamientos. Wolters Kluwer, Enero 2018. Págs. 49-83

PINTOS SANTIAGO, Jaime, *Contratación del Sector Público Local*. El Consultor de los Ayuntamientos, 4ª Ed., comentario al artículo primero de la Ley de Contratos del Sector Público. Págs. 51-59

PINTOS SANTIAGO, JAIME. *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*. INAP Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid 2017.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, Conferencia pronunciada en Logroño, el día 21 de octubre de 2019, titulada “La Sociedad digital: ¿Un nuevo escenario para un nuevo derecho?”, en la sesión inaugural del curso 2019/2020, del Seminario de Derecho Permanente Privado, Área de Derecho Civil, Universidad de La Rioja.

PRECIADO DOMÉNECH, Hugo, *Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, Edit. Bomarzo, primera edición 2018.

PUERTA SEGUIDO, Francisco, PUNZÓN MORALEDA, Jesús, “Contratación pública socialmente responsable y discapacidad. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 159, enero-febrero 2019, Editorial Wolters Kluwer.

RAMIÓ MATAS y Miquel SALVADOR SERNA. “Innovación en las Administraciones Públicas: ¿Un oximorón o una realidad?”. *El Consultor de los Ayuntamientos*. Wolters Kluwer. Ed. Especial, mayo 2018.

RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo, “Novedades en la fase de selección de participantes y adjudicación de los contratos”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 143, mayo-junio 2016, Editorial Wolters Kluwer.

RAMOS, Alfredo. “Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el RDLeg. 3/2011”. *Contratación administrativa Práctica* nº 119, Mayo 2012, Editorial Wolters Kluwer.

RAZQUÍN LIZÁRRAGA, Martín M., en “Mecanismos para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos”, Cap. 4 del libro *Nueva contratación pública: Mercado y Medio Ambiente*, Director el citado autor, Universidad Pública de Navarra, Ed. Aranzadi, 2017. Págs. 147-178.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “Introducción: La contratación del sector público y las reformas administrativas”, Cap. I del libro *Contratación Pública*

- Estratégica*. Director PERNAS GARCÍA, J. José. Ed. Aranzadi, S.A. 2013. Págs. 31-44.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “Introducción: Los principios generales del Derecho global de la Contratación Pública”, Cap. I del libro *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, Instituto Nacional de Administración Pública INAP, 1ª Ed. Julio 2017. Págs. 13-40.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, *MISIÓN JURÍDICA Revista de Derecho y Ciencias Sociales* Bogotá, D.C. (Colombia) Colaboradores Externos Internacionales, Núm. 6, Año 2013, enero-diciembre. Págs. 23-56.
- RODRÍGUEZ–ARANA, Jaime, *El derecho a una buena administración para los ciudadanos*, INAP, Netbiblo, S.L. 2013.
- ROMEO RUIZ, Aritz, “Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público”, *Revista española de Derecho Administrativo*, num.191/2018 parte, Crónica Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2018. Págs. 7-8.
- ROMEO RUIZ, Aritz. “Las cláusulas sociales en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y el nuevo paradigma de la contratación pública”. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 108. Mayo-Agosto 2017. Págs. 127-151.
- ROVIRA, Javier, “Marketing Público”, I Máster en Liderazgo y Dirección Pública del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP).
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho”, del libro *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Director SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ed. LA LEY. 1ª edición: noviembre 2010. Págs. 55 a 72.
- SANMARTIN MORA, Mª. Asunción. “La contratación pública en el ámbito de los servicios a las personas: nuevas perspectivas”. Ponencia presentada al VIII Seminario de contratación pública en Formigal (Huesca), 20 a 22 de septiembre de 2017.
- SANMARTÍN MORA, María Asunción, *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, 2012.



- SANTAMARÍA ARINAS, René, “Economía circular: líneas maestras de un concepto jurídico en construcción”, *REVISTA CATALANA DE DRET AMBIENTAL* Vol. 10 Núm. 1 (2019): 1 - 37- Monogràfic -
- SANTIAGO FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> José, “Doctrina del Tribunal Administrativo Central y de la Junta de Andalucía y de la Junta de Andalucía de Recursos contractuales respecto a los criterios medioambientales”, Capítulo 11 del libro *Compra Pública Verde*, Directora Ximena LAZO VITORIA, Ed. Atelier 2018. Págs. 233-250.
- SANTO PADRE FRANCISCO. Carta encíclica “Laudato si” sobre el cuidado de la casa común, de 24 de mayo de 2015.
- SARMIENTO E., Juan Pablo, “La internacionalización de la contratación pública en Latinoamérica, los modelos de Chile y Colombia”, publicado en *INAP “La administración al día”*. 29/06/2016.
- SELMA PEÑALVA, Alejandra, Cap. Décimo “Las cláusulas sociales como herramienta de apoyo a los planes de igualdad en las administraciones públicas”, del libro *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. Belén GARCÍA ROMERO y María M. PARDO LÓPEZ, Directoras, Thomson Reuters Aranzadi, 2017. Pág. 283-310.
- SEMPLE Abby, “The Link to the Subject-Matter: A Glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?”, en *Sustainable Public Procurement under EU Law: New perspectives on the State as Stakeholder* (Dir. Beate Sjafjell; Anja Wiesbrock), Cambridge University Press, Cambridge, 2015. Págs. 50-74.
- SERNA BARDAVÍO, Daniel. “Mecanismos para la protección del Medio Ambiente en la Nueva Ley de contratos del sector público”. *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública* 116 ISSN 1133-4797, XIX, Zaragoza, 2018. Págs. 75-116.
- SERRANO CHAMIZO, Javier, “Reflexiones sobre las novedades de la LCSP en relación con los convenios colectivos sectoriales”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 154, marzo-abril 2018, Editorial Wolters Kluwer.
- SERRANO CHAMIZO, Javier, “Un ejemplo de criterio de adjudicación medioambiental y su relación con el «arraigo territorial»: La Resolución 84/2017 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la

- Comunidad Autónoma de Euskadi”, Cap. 7 del libro *Compra Pública Verde*, Directora LAZO VITORIA, Ximena, Ed. Atelier 2018. Págs. 163-173.
- SINDE CANTORNA, Sandra. “La Compra Pública de innovación como herramienta transformadora de las entidades locales innovadoras”, *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 3/2018. Marzo, Nº 3, 1 de mar. de 2018, Editorial Wolters Kluwer.
- SOLA TEYSSIERE, Javier, “Las cláusulas ambientales como criterios de adjudicación del contrato”, Capítulo V del libro *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Director Roberto GALÁN VIOQUE, Ed. Universidad de Sevilla 2018. Págs. 125-161.
- SOLORZANO GARCÍA, NAVÍO MARCO, & CONTRERAS COMECHE, 2015, “Incorporación de valor social a la contratación pública en España: Situación y perspectivas”, *Reala Nueva Época*, Núm. 4, julio-diciembre de 2015.
- TARDÍO PATO, José Antonio, “La asociación para la innovación: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2016, Núm. 181. Pság. 286-293.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “Promoción de la igualdad de género a través de la Contratación Pública”, del libro *Contratación Pública Estratégica*, Dir. PERNAS GARCÍA, José J., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2013. Págs. 329–368.
- VARA ARRIBAS, Gracia, VAN DER MOST, Jasmijn, European Institute of Public Administration EIPA, Evaluación comparativa con experiencias europeas.
- VÁZQUEZ MATILLA, Javier, “El concepto de mejor relación calidad precio. La imposibilidad de que el precio sea el factor determinante”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 157, septiembre-octubre 2018, Edit. Wolters Kluwer.
- VILLACRESES VALLE, Jaime A. “Prestaciones públicas socialmente responsables”, Capítulo XIII del libro *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, Dtor. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, Instituto Nacional de Administración Pública INAP 2017. Págs. 345-360.

## OTROS DOCUMENTOS

Act on Public Procurement and Concession Contracts 1397/2016, sección 93.5.  
ASAMBLEA GENERAL DE LA O.N.U. “La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, aprobada, el 25 de septiembre de 2015.

AYUNTAMIENTO DE BARCELONA. Guía de contratación pública innovadora, 2017.

AYUNTAMIENTO DE HUESCA. “Memoria de responsabilidad social corporativa”. Dirección de internet:

[http://www.huesca.es/\\_archivos/ficheros/desarrollo\\_5073.pdf](http://www.huesca.es/_archivos/ficheros/desarrollo_5073.pdf)

AYUNTAMIENTO DE LOGROÑO. Plan de Mejora “Caminando hacia un sistema de responsabilidad social municipal: las contrataciones social y verde y su incidencia en la mejora de la calidad en el empleo y el medio ambiente sostenible”. Junta de Gobierno Local, 18 de sep. de 2015.

AYUNTAMIENTO DE MADRID, *Guía de contratación pública municipal para pymes, autónomos, y entidades del tercer sector*, 25 de mayo de 2018.

AYUNTAMIENTO DE MADRID, Instrucción 1/2016. Véase

[https://www.madrid.es/UnidadWeb/UGNormativas/Normativa/2016/ficheros/Instruccion1\\_2016.pdf](https://www.madrid.es/UnidadWeb/UGNormativas/Normativa/2016/ficheros/Instruccion1_2016.pdf)

AYUNTAMIENTO DE MADRID. Guía de Contratación Pública de Innovación, 2018.

AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID, Instrucción 1/2018. Véase Véase:  
<https://www.valladolid.es/es/ayuntamiento/normativa/instruccion-1-2018-impulsar-contratacion-socialmente-eficie>.

AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID. Instrucción 1/2018, dirección de internet:

<https://www.valladolid.es/es/ayuntamiento/normativa/instruccion-1-2018-impulsar-contratacion-socialmente-eficie.ficheros/475710->

AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ. Instrucción para la contratación socialmente responsable y sostenible. Departamento de Políticas Sociales 2016.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE - [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl) - documento generado el 18-Abr-2019.

BURZACO SAMPER, María, “La Contratación Pública como instrumento activo de innovación social”, CIRIEC-España. Revista Jurídica Nº 33/2018.

CARTA IBEROAMERICANA DE CALIDAD EN LA GESTIÓN PÚBLICA, aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado. San Salvador, El Salvador, 26 y 27 de junio de 2008.

CERMI, BARCLAYS, FUNDACIÓN ONCE, Manual de Contratación Pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad, elaborado con el asesoramiento de Germán Alonso-Alegre, IberForo Madrid Abogados, primera edición: octubre de 2009.

Cláusulas Sociales, dossier para contratación pública sostenible, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar social de la Junta de Andalucía, 2011.

COM (2015), 614 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular.

COM (2020) 381 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia «de la granja a la mesa» para un sistema alimentario justo, saludable y respetuoso con el medio ambiente, Bruselas, 20.5.2020.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Bruselas, 15 de octubre de 2001 COM (2001) 566 final, Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Bruselas, de 4 de julio de 2001 COM (2001) 274 final, Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Bruselas 16 de julio de 2008, COM (2008) 400 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Contratación pública para un medio ambiente mejor.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Bruselas, de 4 de julio de 2001 COM (2001) 274 final, Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica, 3.<sup>a</sup> edición, Documento indicativo de los servicios de la Comisión.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión, de 18 de junio de 2003, COM (2003) 302 final: «Política de productos integrada. Desarrollo del concepto del ciclo de vida medioambiental»

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa, Estrasburgo, 3.10.2017 COM (2017) 572 final Comunicación de la Comisión al Parlamento.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Guidance on innovation procurement, European Commission, Brussels, 15.5.2018 C(2018) 3051 final.

COMISIÓN EUROPEA, *Adquisiciones sociales, Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, octubre de 2010.

COMISIÓN EUROPEA, Brussels, 27.7.2016, Recomendación (14)

COMISIÓN EUROPEA, Dir.Gral. de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades. Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas.

COMISIÓN EUROPEA, *Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, Bruselas, 27.1.2011, COM (2011) 15 final.

COMISIÓN EUROPEA. Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, Unidad. D.2. Dirección General de Mercado Interior y Servicios, Unidad C.3. Unión Europea, 2011.

COMISIÓN EUROPEA. Libro Verde. La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro. Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, a propuesta del Sr. Monti.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, Análisis de la Contratación Pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, de 5 de febrero de 2015. Véase la siguiente dirección de Internet:

<http://www.urko.net/attachments/article/701/ANEXO%20Informe%20CNMC%20Febrero%202015%20Contratación%20Pública.pdf>

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo “Contribución al desarrollo sostenible: el papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial.”. Bruselas, 5.5.2009 COM(2009) 215 final.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Comercio, crecimiento y asuntos mundiales. La política comercial como elemento fundamental de la Estrategia 2020 de la UE {SEC(2010) 1268} {SEC(2010) 1269}. Bruselas, 9.11.2010 COM(2010) 612 final.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Comercio, crecimiento y desarrollo. Una política de comercio e inversión a medida para los países más necesitados {SEC(2012) 87 final}. Bruselas, 27.1.2012 COM(2012) 22 final.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM(2017) 572 final. Estrasburgo, 3.10.2017

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Inversiones para una Europa Sostenible, COM(2020) 21 final, de 14 de enero de 2020.

- COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN sobre la Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea, de 26 de abril de 2006, COM (2006) 177 final.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA, Informe 03/2018, “El futuro del trabajo”
- DE LA TORRE, Carlos y MARURI, Itziar. Guía Práctica, Las claves de la compra pública responsable. Forética. Véase la siguiente dirección de Internet: <https://foretica.org/publicacion/claves-compra-publica-responsable/>
- DIPUTACIÓN DE BARCELONA. Plan Director de la RSC. Dirección de Internet: <https://www.diba.cat/es/web/rsc/actuacions-rsc>
- Estrategia de Promoción del Tercer Sector Social de Euskadi-Plan de Legislatura 2018-2020. Gobierno Vasco, en colaboración con las redes del TSSE a través de la Mesa de Diálogo Civil de Euskadi, Edición 1ª, 2018.
- Estrategia Europa 2020. «Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador». Comunicación de la Comisión. COM (2010) 2020 final. Bruselas de 3 de marzo de 2010.
- EUROSTAT. Statistics Explained. Véase la siguiente dirección de Internet: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Renewable\\_energy\\_statistics/es](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Renewable_energy_statistics/es)
- FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS (FEMP). Sección Técnica de Procesos de Mejora y Sistemas de Medición “Procesos de mejora continua”. (Septiembre 2003).
- FUNDACIÓN PARA LA ATENCIÓN E INCORPORACIÓN SOCIAL. Cláusulas sociales. Dossier para la contratación pública sostenible. Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía. Trabajo cofinanciado por el Fondo Social Europeo.
- GARCÍA MOLINERO, Álvaro. Véase en la siguiente dirección de Internet: <https://reflexionesdeuninterventor.wordpress.com/2019/04/23/> , el día 26 de abril de 2019.
- GENERALITAT DE CATALUNYA, Departament de Salut. ICO Institut Català d’Oncologia. Pla de Responsabilitat Social Corporativa 2016-2018

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

GUÍA 2.0 para la compra pública de innovación. Ministerio de Ciencia e Innovación. Junio de 2015.

Guía de compra responsable. Pautas de aplicación, consultado en internet en la dirección:

<https://portalcontratacion.navarra.es/documents/880958/1690345/Guiacompraresponsablepautasaplicacion.pdf/5f5fbf7a-ffd3-1847-082c-6d64993c4310?t=1549874778700>

Guía Incorporación de criterios de sostenibilidad alimentaria en la compra pública, Consellería Serveis Socials i Cooperació de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears , mayo de 2018.

Guía práctica de la contratación pública para la PYME: ¿Cómo compra el sector público? (1) Contratación Administrativa Práctica nº 155, mayo-junio 2018, Editorial Wolters Kluwer.

Guía práctica para la aplicación de cláusulas sociales en los contratos públicos de la Diputación Foral de Guipúzkoa. abril 2015.

Guía sobre el tratamiento de las soluciones innovadoras en la contratación pública (PRO INNO Europe paper N°1) “10 elementos de buenas prácticas”. Traducción de PEIRO BAQUEDANO, Anabel.

Guías de compras públicas socialmente responsables y sostenibles con el ambiente. Programa “Colombia Compra Eficiente”.

Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interestpág, Bruxelles, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2.

Informe Olivenza 2017, editado por el Observatorio Estatal de la Discapacidad y promovido por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Véase la siguiente dirección de Internet:

<https://observatoriodeladiscapacidad.info/attachments/article/110/Informe%20Olivenza%202017%20v5.7.pdf>.

Informe relativo a la Contratación Pública en España-2017. Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Abril de 2018. Correspondiente al ámbito de la Gobernanza en la contratación pública (arts. 83 y 85 de la Directiva 2014/24/UE, y art. 328.4 LCSP).



A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

Informe sobre el futuro de los servicios sociales de interés general (2009/2222(INI). Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, de 14 de junio de 2011.

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (INAP). Memoria Anual de Responsabilidad Social. Año 2015.

Instrucción 1/2018 en materia de Contratación pública del Ayuntamiento de Logroño. Dirección en Internet: file: <http://www.xn--logroo-0wa.es/wps/wcm/connect/>

ISO:2015, Sistemas de gestión de la calidad. Fundamentos y vocabulario. Publicado por la Secretaría Central de ISO en Ginebra, Suiza, como traducción oficial en español avalada por el Translation Management Group.

JUNTA DE EXTREMADURA, Instrucción sobre incorporación de criterios sociales, medioambientales, de promoción de las PYMES y de impulso de la sostenibilidad en la contratación pública de la Junta de Extremadura y de las entidades que integran su sector público.

La Responsabilidad Social en la Administración General del Estado. Memoria- Informe sobre prácticas socialmente responsables 2013”.

Libro Verde de la Comisión sobre transporte urbano, de 25 de septiembre de 2007, titulado “Hacia una nueva cultura de la movilidad urbana”

Manual Práctico de Compra y Contratación Pública Verde, IHOBE, Sociedad Pública del Gobierno Vasco, 3ª edic. 2010.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. GOBIERNO DE ESPAÑA. «Estrategia española de responsabilidad social de las empresas. Estrategia 2014–2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora». Aprobada por el Consejo de Ministros, el día 24 de octubre de 2014. Pág.4

NACIONES UNIDAS, Comisión mundial sobre el medio ambiente, nuestro futuro común, Abril, 1987.

OCDE, “Integridad en la contratación pública”, de 2009, desafío 2.  
<https://www.oecd.org/fr/gov/ethique/38947794.pdf>

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

OCDE, Recomendación del Consejo sobre contratación pública de 2015,

<https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

OPEN EI, Véase la siguiente dirección de internet:

<https://openei.org/apps/TCDB/index.php?pMin=2009&pMax=2015&dMin=2009&dMax=2014&gf=h&ggt=c&l=n&ds=n&dss=m&pub=&t=lcoe&ct=b>

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. (ONU), *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015.

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 10 de septiembre de 2015, sobre emprendimiento social e innovación social en la lucha contra el desempleo (2014/2236(INI))

Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025).

Plan Estatal Marco de Gestión de Residuos (PEMAR) 2016-2022.

Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable, aprobado por Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Plan Reincorpora-T, Resolución de 8 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan Reincorpora-t, Plan trienal para prevenir y reducir el Desempleo de Larga Duración 2019/2021.

Pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares del Proyecto LIFE.

Elaborados por Soledad GÓMEZ GONZÁLEZ, con la colaboración de Bernabé PALACÍN SÁENZ. Véase en:

[http://www.lifegreentic.eu/sites/default/files/documentos/pliego\\_tipo\\_ordenadores\\_def.pdf](http://www.lifegreentic.eu/sites/default/files/documentos/pliego_tipo_ordenadores_def.pdf)

Programa de Compra y Contratación Pública Verde del País Vasco 2020, Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, edición septiembre de 2016. Web de

Ecoembes: <https://www.ecoembes.com/es/ciudadanos/envases-y-proceso-reciclaje/la-economia-circular-en-espana>

Proyecto Life 12 ENV/ES/000222, GREEN TIC , para la reducción de la huella de carbono de las tecnologías de la información y la comunicación. coordinado por la Fundación Patrimonio Natural de Castilla y León, que ha contado como socios a la Fundación San Valero (Aragón) y al Ayuntamiento de Logroño (La Rioja).

Recomendación del Consejo, Bruselas, COM(2018) 408/3. Recomendación relativa al Programa Nacional de Reformas de 2018 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2018 de España.

Resolución de 6 de febrero de 2013, sobre responsabilidad social de las empresas: comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible (2012/2098(INI)).

Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo (2005/2245(INI)).

Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de febrero de 2013, sobre la responsabilidad social de las empresas: promover los intereses de la sociedad y un camino hacia la recuperación sostenible e integradora (2012/2097(INI)) (2016/C 024/07).

RESPONSABLES CONSULTING. Manual de contratación pública responsable en relación con las personas con discapacidad. Marco del Programa Operativo de la Lucha contra la Discriminación 2007-2013, investigador principal: Santiago Lesmes. Coordinación: Ana Ag ero.

Tribunal de Cuentas Europeo, en el documento Condiciones Generales de los Contratos de suministros, servicios y obras del Tribunal de Cuentas Europeo-Junio 2016 , artículo 20. Véase la siguiente dirección de Internet: [https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/GENERAL\\_CONDITIONS\\_2016/GENERAL\\_CONDITIONS\\_2016\\_ES.pdf](https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/GENERAL_CONDITIONS_2016/GENERAL_CONDITIONS_2016_ES.pdf)

UNE EN ISO 14001:2015 Gestión Ambiental.

## INDICE DE FIGURAS

ILUSTRACIÓN 1. PALANCA CON EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN .....	27
ILUSTRACIÓN 2. CICLO DE VIDA. FUENTE IHOBE .....	69
ILUSTRACIÓN 3. TRANSPARENCIA. FUENTE PROPIA .....	123
ILUSTRACIÓN 4. SECUENCIA DE PROCESO. FUENTE ISO ADAPTADA.....	135
ILUSTRACIÓN 5. INTERACCIÓN CON EL OBJETO DEL CONTRATO.....	211
ILUSTRACIÓN 6. INTEGRACIÓN DE LA RS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. FUENTE PROPIA .....	299
ILUSTRACIÓN 7. EL OBJETO DEL CONTRATO. FUENTE PROPIA .....	305
ILUSTRACIÓN 8. ESTRATEGIA VS BUROCRACIA. DISEÑO PROPIO SOBRE PLANTILLA PREZI. ....	406
ILUSTRACIÓN 9. PRODUCTO ECOLÓGICO VS PRODUCTO TRADICIONAL. PROYECTO LIFE .....	434
ILUSTRACIÓN 10. ECONOMÍA CIRCULAR VS ECONOMÍA LINEAL. FUENTE ECOEMBES.....	440
ILUSTRACIÓN 11. MAPA DE PROCESOS. FUENTE AYUNTAMIENTO DE LOGROÑO.....	646
ILUSTRACIÓN 12. ESTRUCTURA FUNCIONAL Y GESTIÓN POR PROCESOS. FUENTE PROPIA .....	649
ILUSTRACIÓN 13. DIAGRAMA DE ENTRADAS Y SALIDAS DE UN PROCESO. FUENTE PROPIA. ....	651

## ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

ACP-OMC	Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio.
AEAT	Agencia Española de Administración Tributaria
CARICOM	Comunidad del Caribe
CCV	Coste del ciclo de vida
CE	Constitución española de 1978
CEE	Condición Especial de Ejecución
CPE	Compra Pública Ecológica
CES	Consejo Económico y Social de España
CITCO	Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO) del Ministerio del Interior.
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CPV	Vocabulario común de contratos públicos
E.T.	Estatuto de los Trabajadores. R.D.Leg. 8/2015, de 30 de octubre.
EFQM	EUROPEAN FOUNDATION FOR QUALITY MANAGEMENT, EFQM (Fundación Europea para la Gestión de la Calidad).
EFTA	Asociación Europea de Libre Comercio
EMAS	Sistema comunitario de ecogestión y ecoauditoria medioambientales de la Unión Europea
EPA	Encuesta de población activa
Estrategia 2020	Europa 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.
EURATOM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
EUROSTAT	Oficina Estadística de la Unión Europea
FEMP	Federación Española de Municipios y Provincias

FLO	Fairtrade Labelling Organizations Internacional- Organización Internacional del etiquetado de Comercio Justo
G-20	Países industrializados y emergentes
GEI	Gases de efecto invernadero
ICO	Institut Catalá d'Oncología
IFAT	International Federation for Alternative Trade- Federación Internacional de Comercio Alternativo
ISO	Organización Internacional de Normalización
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local
LCSP 2017	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
LRJSP	Ley 40/2015, de 2 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
Mipyme	Micro, pequeña y mediana empresa
NEWS	Network of European World Shops-Red Europea de Tiendas Mundo
OARC	Órgano administrativo de recursos contractuales de Euzkadi
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIRESCON	Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PBL	Presupuesto Base de Licitación
PCAP	Pliego de cláusulas administrativas particulares
RCD	Residuos de construcción y demolición
REGCON	Registro de convenios y acuerdos colectivos de ámbito estatal y supraautonómico

RS	Responsabilidad social
RSE	Responsabilidad Social Empresarial
RTACP	Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid
RTACRC	Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SGA	Sistema de gestión de almacén
SGE 21	Sistema de Gestión Ética y Socialmente Responsable
SIG	Servicios de interés general
SIGNE	Servicios de interés general no económicos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TACGal	Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia.
TACPA	Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón
TACPM	Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid
TACPN	Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TARC	Tribunales Administrativo de Recursos Contractuales
TARCJA	Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía
TJUE	Tribuna de Justicia de la Unión Europea
TREBET	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

A la responsabilidad social por la contratación pública.  
Bernabé Palacín Sáenz

TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Leg. 3/2011, de 14 de noviembre.
TSJPV	Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
TSSE	Estrategia del Tercer Sector Social de Euskadi
WFTO	Organización Mundial del Comercio Justo