

Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites*

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU¹

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

1. La visión de la contratación pública como estrategia
2. Medidas europeas de compra estratégica social
3. A propósito de las condiciones y criterios sociales y su utilización en España. Posibilidades y límites
4. Reserva de contratos como estrategia social
5. Especialidades de contratación en servicios a las personas
6. Conclusiones

Resumen

En este trabajo se analizan las posibilidades de introducir condiciones de política social en la contratación pública. Para ello se reconoce el carácter de estrategia de la contratación pública y su interrelación con las políticas públicas. A tal fin, se analizan las posibilidades y límites del marco normativo.

Palabras clave: *contratación pública; condiciones sociales en los contratos públicos.*

Artículo recibido el 30/05/2017; aceptado el 10/10/2017.

* Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad titulado “La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos”, DER2015-67102-C2-1-P, cuyo IP es el autor.

1. Me remito a mi trabajo “Compra pública estratégica”, en J. PERNAS GARCÍA (coord.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 45-80. Este carácter instrumental de la contratación pública es expresamente reconocido en el Informe 16/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre incorporación en los pliegos de los contratos de una entidad local de determinadas cláusulas sociales, y consecuencias de su eventual incumplimiento, y en el Informe 1/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, sobre calificación de contratos típicos y la libertad de pactos.

The social conditions in public procurement law: possibilities and limits

Abstract

This article analyzes the possibility of introducing conditions in public procurement law based on social policies. The article recognizes the relation between the strategy of public procurement law and public policies and, with this aim, analyzes the possibilities and limits of the normative framework.

Keywords: public procurement law; social conditions of public contracts.

1

La visión de la contratación pública como estrategia

La contratación pública —y su fundamento— ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva, se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”². Es decir, la contratación pública puede —y debe, diría yo— 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. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública, alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales. El principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio³. Es decir, el principio de eficiencia se debe

2. Me remito a mi trabajo “Compra pública estratégica”, en J. PERNAS GARCÍA (coord.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 45-80. Este carácter instrumental de la contratación pública es expresamente reconocido en el Informe 16/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre incorporación en los pliegos de los contratos de una entidad local de determinadas cláusulas sociales, y consecuencias de su eventual incumplimiento, y en el Informe 1/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, sobre calificación de contratos típicos y la libertad de pactos.

3. Sobre el significado de la eficiencia —y su no vinculación a una idea economicista de menor precio— me remito a mi estudio “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público* sobre *Calidad institucional, transparencia y buen gobierno*, núm. 82, 2016,

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 públicos⁴.

La nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado⁵. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas públicas, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo⁶.

Esto significa que, como se ha apuntado en anteriores trabajos, 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, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras⁷. Esta visión instrumental de la contratación

pp. 137-158. También, T. MEDINA ARNÁIZ, “Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 121, 2013, pp. 87-97.

4. J. PONCE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, p. 479.

5. J. M.^a GIMENO FELIU, *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)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 213.

6. Resultan de especial interés las reflexiones de R. CANCINO, “La transición de China hacia una economía de mercado en el 2016 y sus implicaciones para la contratación pública”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 130, 2014, pp. 42-53.

7. J. M.^a GIMENO FELIU, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006, pp. 15-21, y “Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010, pp. 50-55. También, D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 162-182; J. A. MORENO MOLINA, “Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto-ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 83, 2009, pp. 37 y ss.; y L. ORTEGA ÁLVAREZ, “El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local”, *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3, 2009. Igualmente, en esta línea, puede citarse a: E. MELERO ALONSO, “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm.1, 1999 (artículo firmado junto a M. ESPÍN SÁEZ); y J. A. BLÁZQUEZ ROMÁN

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 contrato⁸.

La perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja que en la fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social⁹, pues lo contrario supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance, y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas, ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente “asumibles”, en clave de rentabilidad (pues esta debe analizarse desde la óptica efectiva del cumplimiento de objetivos públicos esenciales de nuestro país)¹⁰.

En esta línea debe recordarse que la introducción de condiciones relacionadas con la protección del medio ambiente (ecoetiquetas, productos reciclables, sistemas de depuración de vertidos, etc.) se admite ya desde hace tiempo como válida por las instituciones europeas (Comunicación de la Comisión de 28 de noviembre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública). Y ello porque guarda relación con la política ambiental prevista en el artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

y P. RAMÍREZ HORTELANO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, p. 39. Así lo ha entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 17/2008, de 21 de julio. Y es que, como bien advirtiera J. MESTRE DELGADO, se constata en la regulación de la contratación pública la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo –o fomento– para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones –no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas– contempladas en normativas sectoriales (“Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, *REALA*, núm. 291, 2003, p. 707).

8. T. MEDINA, “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 43 a 94. También J. RODRÍGUEZ ARANA, “La contratación del sector público como política pública”, en J. PERNAS GARCÍA (coord.), *Contratación pública estratégica*, ob. cit., pp. 31-44.

9. Una posición contraria a la valoración en la contratación de criterios relativos a otras políticas de la Unión Europea –como cláusulas sociales o medioambientales– es sostenida por S. ARROWSMITH, “The E.C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach”, *European Law Review*, vol. 21, núm. 1, 2002, pp. 11-13.

10. Como destaca G. VARA ARRIBAS, es posible una contratación pública sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales. “Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Comunitario*, núm. 26, 2008, p. 128. Sugerentes las reflexiones de B. PALACÍN, “A la responsabilidad social por la contratación pública”, publicada en www.obcp.es.

Europea, y en el artículo 45 de nuestra Constitución¹¹. Otro tanto sucede con las condiciones que integran aspectos sociales, admitidas cuando estos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato (Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001)¹², lo que refleja la idea de que la contratación

11. Por todos, puede consultarse a J. PERNAS GARCÍA, “El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales”, en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 299-323; y su monografía *Contratación Pública Verde*, La Ley, 2011. Con respecto a las consideraciones ecológicas relacionadas con las contrataciones públicas, resultan también de interés la Comunicación de la Comisión COM(2008) 400/2 “Public procurement for a better environment” (Contratación pública para la mejora del medio ambiente) (http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/com_2008_400.pdf) y el documento de servicios de la Comisión “Buying Green — Handbook on Green Public Procurement” (Adquisiciones ecológicas - Manual sobre contratación pública ecológica) (http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_es.pdf).

12. En un caso que la Comisión tuvo que examinar, el poder adjudicador se basó principalmente en los elementos siguientes para adjudicar un contrato a la empresa local de transporte: la implantación de la empresa en la localidad tenía, por una parte, repercusiones fiscales, y suponía, por otra, la creación de puestos de trabajo estables; además, la adquisición en ese mismo lugar de un importante volumen de material y servicios por parte del proveedor garantizaba una serie de empleos locales. La Comisión consideró que los poderes adjudicadores no podían basarse en este tipo de criterios para evaluar las ofertas, dado que no permitían valorar una ventaja económica propia de la prestación objeto del contrato y que beneficiara al poder adjudicador. Esta primera objeción venía motivada por la violación de las normas sobre adjudicación contenidas en el artículo 36.1 de la Directiva 92/50/CEE. Asimismo, estos elementos habían llevado a discriminar a los demás licitadores, puesto que, al comparar las ofertas, se dio preferencia al único proveedor establecido en la localidad considerada. En consecuencia, se había infringido el principio general de no discriminación entre proveedores de servicios enunciado en el artículo 3 de la Directiva 92/50/CEE. A favor de esta posibilidad también se había posicionado en España el Consejo de Estado en su Dictamen 4464/98, de 22 de diciembre. En la doctrina, sin ánimo exhaustivo, pueden citarse los siguientes trabajos: M. A. BERNAL BLAY, “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, en AA. VV., *El derecho de los contratos públicos*, Monográficos de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, 2008; J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 516 y ss.; S. VÈRNIA TRILLO, “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 20, 2002, pp. 429-454; J. F. MESTRE DELGADO, “Contratos...”, ob. cit., pp. 705-730; H. GOSÁLBIZ PEQUEÑO, “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones Públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003, pp. 27-67; P. LÓPEZ TOLEDO, “Contratación pública y medio ambiente”, *Contratación Administrativa Práctica*, 33, 2004, pp. 25 y ss.; P. L. MARTÍNEZ PALLARÉS, “El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, en J. M.^a GIMENO FELIU (coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 161 y ss.; J. M.^a GIMENO FELIU, “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, en J. M.^a GIMENO FELIU (coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 y ss.; F. VILLALBA PÉREZ, “La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 74, 2009, pp. 49

pública es una herramienta para la efectividad de políticas públicas¹³. En todo caso, su utilización exige una adecuada ponderación y que se preserve la identidad de la prestación licitada¹⁴.

Esto significa, en definitiva –siempre con respeto a lo que posibilitan los acuerdos GATT–, que es posible regular un sistema de contratación pública que, respetando los principios europeos, evite la precarización de las condiciones laborales¹⁵, desincentive la deslocalización empresarial y no penalice a las empresas europeas ni a las pymes, y que fomente los objetivos europeos de la economía circular¹⁶.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada, que incluye, por supuesto, aspectos de la calidad vinculados a cierta “sensibilidad” social. Esto exige atender con especial interés a la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendida desde esta perspectiva del fin derivado de la concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública. Por ello, la normativa

y ss.; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009; J. A. VÉLEZ TORO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local”, *Contratación Administrativa Práctica*, 10, 2002, pp. 32 y ss.; J. A. BLÁZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, 42, 2005, pp. 39 y ss.; A. GONZÁLEZ ALONSO, “La contratación pública ecológica”, *Justicia Administrativa*, núm. 47, 2010, pp. 31 y ss.; y T. MEDINA ARNÁIZ, “Social Considerations in Spanish Public Procurement Law”, *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), 2011, pp. 56 - 79.

13. *Vid.* T. MEDINA ARNÁIZ, “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor, 2011, pp. 43-104.

14. Sirva de ejemplo lo sucedido con la aplicación del Fondo Estatal de Inversión Local (plan E) en España. El Tribunal de Cuentas (Informe 982 sobre el Fondo Estatal de Inversión Local, de 2013) ha puesto de relieve varias de las “debilidades” de este Fondo, que se concretan en falta de previsión de efectos y de efectivo cumplimiento de lo ofertado por los contratistas. Me remito al trabajo y conclusiones de M. Á. BERNAL BLAY, “El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos”, en J. PERNAS GARCÍA (coord.), *Contratación pública estratégica*, ob. cit., pp. 175-184.

15. Debe recordarse que las normas fundamentales de trabajo de la OIT prohíben el trabajo forzado (Convenciones 29 y 105) y el trabajo infantil (Convenciones 138 y 182), y establecen el derecho a la libertad de asociación y la negociación colectiva (Convenciones 87 y 98) y a la no discriminación en términos de empleo y ocupación (Convenciones 100 y 111). Las bases legales de las normas fundamentales de trabajo son las ocho convenciones centrales de la OIT arriba mencionadas, que han sido ratificadas por los 27 Estados miembros de la UE.

16. Resultan de interés las reflexiones de M. COZZIO, “Le nuove direttive appalti e l’accesso delle piccole e medie imprese al mercato degli appalti pubblici (prima parte)”, *Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici*, en www.osservatorioappalti.unitn.it. Y, del mismo autor, “Le scelte del legislatore europeo per favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese”, *Diritto e pratica amministrativa*, núm. Especial mayo 2014, pp. 8-21.

de los contratos debe tener una “visión completa” de todas las fases del contrato, y un objetivo de la contratación en clave de “inversión pública” y no de gasto.

Lo anteriormente expuesto explica por qué la reforma de la legislación sobre contratación pública constituye una de las doce acciones prioritarias inscritas en el Acta del Mercado Único, adoptada en abril de 2011 (IP/11/469)¹⁷. En efecto, para todos los Estados miembros, la eficacia del sistema público de pedidos ha pasado a ser una prioridad, habida cuenta de las limitaciones presupuestarias actuales. Así pues, es necesario disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos y a sus proveedores adjudicar contratos transparentes y competitivos lo más fácilmente posible, para poder comprar con la mejor relación calidad/precio (*value for money*)¹⁸.

En definitiva, las condiciones sociales son uno de los principales ejemplos de esta visión estratégica en la contratación pública. Y, en consecuencia, podemos ya afirmar que están admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, el medio ambiente o la integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE¹⁹.

Así, debe admitirse un concepto amplio de “contratación pública socialmente responsable” que, en palabras del amplio Informe 16/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, “engloba diversos

17. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva, de 27 de octubre de 2010, COM(2010) 608.

18. Bajo este concepto se pone de relieve la necesidad de que los bienes que se adquieran a través de los contratos públicos sean los adecuados para cubrir las necesidades públicas, pero también de que el contratista esté capacitado para cumplir las condiciones del contrato en los términos previstos. Vid., por todos, S. ARROWSMITH, J. LINARELLI y D. WALLACE, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000, pp. 28 a 30.

19. La política de contratación pública es, en definitiva, uno de los muchos elementos de la política de mercado interior, que tiene una serie de objetivos estratégicos (en particular, la libre circulación de mercancías, personas y servicios). Pretende contribuir a la realización del mercado interior, estableciendo las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación y asignando racionalmente los recursos públicos mediante la elección de la mejor oferta. La aplicación de estos principios permite a los poderes adjudicadores obtener la mayor rentabilidad siguiendo ciertas normas en cuanto a la descripción del objeto del contrato, la selección de los candidatos conforme a criterios objetivos y la adjudicación fundada exclusivamente en el precio o, facultativamente, en una serie de criterios objetivos. A favor de esta interpretación puede consultarse C. TOBLER, “Encore: women’s clauses in public procurement Under Community Law”, *European Law Review*, núm. 6, 2000, pp. 624-627.

objetivos específicos de política social, como fomentar el empleo de personas en situación o en riesgo de exclusión social; la inserción social y laboral de personas con discapacidad física y/o intelectual; el diseño y accesibilidad para todos; la estabilidad y calidad en el empleo; la mejora de la seguridad y salud laboral; la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres; la responsabilidad social de las empresas; las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral; y criterios de comercio justo y compra pública ética. Además, los aspectos sociales pueden combinarse con los aspectos ecológicos en un enfoque integrado hacia la sostenibilidad de las contrataciones públicas”.

2

Medidas europeas de compra estratégica social

La Unión Europea culminó, con la publicación en el DOUE de 28 de marzo de 2014, el denominado cuarto paquete legislativo sobre contratación pública, que pretende un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas públicas²⁰. Y un objetivo “estratégico” es poder contribuir así a la consecución de los objetivos de la Estrategia Europa 2020²¹, para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor

20. Vid. J. A. MORENO MOLINA, “La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; J. A. MORENO MOLINA y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en AA. VV., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M. M.^a RAZQUIN, “Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, *RAP*, núm. 196, 2015, pp. 97-13; y J. M.^a GIMENO FELIU, *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)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M. A. BERNAL BLAY, “La contratación pública y el derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J. A. MORENO MOLINA, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Liberamicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, pp. 3429 y ss. del tomo II. Una visión crítica sobre los objetivos de estas directivas puede verse en el estudio del profesor J. SANTAMARÍA PASTOR, “Contratos del sector público y derecho de la Unión”, *RAP*, núm. 200, 2016, pp. 83-102.

21. La presente iniciativa de reforma de la contratación pública se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM(2010) 2020], así como las iniciativas emblemáticas de Europa 2020 “Una Agenda Digital para Europa” [COM(2010) 245], “Unión por la innovación” [COM(2010) 546], “Una política industrial integrada para la era de la globalización” [COM(2010) 614], “Energía 2020” [COM(2010)

crecimiento en un contexto de globalización económica²². Y en ese contexto, la utilización de la contratación pública como “palanca” para implementar políticas sociales activas ha sido una constante en los documentos elaborados por las distintas instituciones europeas.

Son varios los documentos de la Unión donde queda patente esta consideración de la compra pública como instrumento para la política social, entre los que, sin ánimo exhaustivo, se pueden citar:

- a) 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, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos con un claro objetivo de alcanzar una tasa de empleo mínima del 75 % para la población de entre 20 y 64 años; reducir en 20 millones el número de personas que viven por debajo del umbral de la pobreza o en riesgo de exclusión social.
- b) La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo

639] y “Una Europa que utilice eficazmente los recursos” [COM(2011) 21]. Aplica también el Acta del Mercado Único [COM(2011) 206], y en particular su duodécima medida clave: “Revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos”. Sobre la transposición de las anteriores directivas en los Estados miembros resulta de gran interés el libro colectivo coordinado por M. SÁNCHEZ MORÓN, *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

22. El “Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública” (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El Informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia, provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20 000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420 000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (pymes), que actualmente sufren completando la cantidad de exigencias administrativas a que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles, y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las pymes.

de Inversiones: Medidas en favor de la estabilidad, el crecimiento y el empleo [COM (2012) 299 final]. A la luz de la crisis económica, esta Comunicación analiza el papel de la UE y de sus Estados miembros en una nueva iniciativa de crecimiento, cuyo objetivo es volver a sentar bases sólidas para la economía europea.

- c) Decisión 2010/707/UE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros [Diario Oficial L 308 de 24.11.2010].
- d) Recomendación 2010/410/UE del Consejo, de 13 de julio de 2010, sobre directrices generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión [Diario Oficial L 191 de 23.07.2010].
- e) Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de 25 y 26 de marzo de 2010. El Consejo Europeo aprobó los principales aspectos de la estrategia Europa 2020 para el empleo y el crecimiento.
- f) El documento de estudio de la Comisión de 2012, “Resumen de la evaluación del impacto y la eficacia de la legislación de la UE sobre contratación pública”, donde se afirma que la revisión de las directivas de la UE sobre contratación pública es una de las doce actuaciones clave mencionadas en el Acta del Mercado Único, que contribuirá a potenciar el crecimiento y el empleo en Europa. La revisión debe sustentar “una política equilibrada que preste su apoyo a una demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos del medio ambiente, socialmente responsables e innovadores [...]”.
- g) El Documento de la Comisión Europea “Adquisiciones sociales: una Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas” (octubre de 2010). El propio título ya indica la sensibilidad clara de las instituciones europeas por esta cuestión. En este documento se insiste en la importancia de avanzar en el objetivo de una contratación pública socialmente responsable, ya que se puede ayudar a crear condiciones de competencia equitativa en Europa y en las economías de escala, en tanto se contribuye de forma decisiva a mejorar el cumplimiento de los valores y las necesidades de la comunidad, al responder a la creciente demanda pública de Gobiernos que sean socialmente responsables en sus acciones (y se favorece, por supuesto, la integración de ciertos colectivos).
- h) El Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo 17/2016, que recuerda que la política de contratación pública es en nuestros días un instrumento fundamental para el desarrollo del mercado único, el logro de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, y el uso eficiente y eficaz de los fondos públicos.

- i) El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (DOUE del día 21 de abril de 2017), entre cuyos considerandos cabe destacar:

2.6. Los ciudadanos de los Estados miembros consideran cada vez más que Europa hace poco por proteger las normas sociales y las rentas, o también por lograr una fiscalidad justa y unas cotizaciones sociales justas. El mercado único tiene una dimensión social sólida basada en el TFUE y en el derecho derivado de la UE, pero debería considerarse un mejor equilibrio entre las libertades económicas del mercado y los derechos sociales fundamentales.

2.7. Las medidas expuestas en el pilar europeo de derechos sociales deberían reflejar los principios fundadores de la Unión y basarse en la convicción de que el desarrollo económico debe generar un mayor progreso y cohesión social y que la política social, a la vez que garantiza unas redes de seguridad adecuadas en consonancia con los valores europeos, debe considerarse también como un factor productivo.

El soporte ideológico a favor de la visión de la contratación pública socialmente responsable resulta, pues, evidente. Se supera, así, la idea –equivocada– de que en la contratación pública no debe contemplarse el impacto de otras políticas públicas, y, en especial, la errónea articulación de un modelo de compra pública estrictamente economicista.

Estas reflexiones de carácter social han sido recogidas en la Directiva 2014/24/UE. Ya los considerandos muestran de forma muy clara la visión social de la contratación pública. A título de ejemplo interesa destacar lo siguiente:

- a) **El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos.** En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto,

- disponer que los Estados miembros **puedan reservar a este tipo de talleres o empresas 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 (cdo. 36).
- b) **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** (cdo. 37).
 - c) Debe considerarse que los servicios se prestan en el lugar en el que se ejecutan las prestaciones características. Cuando los servicios se presten a distancia (por ejemplo, servicios prestados por centros de atención telefónica), debe considerarse que dichos servicios se prestan en el lugar en el que se realizan los mismos, con independencia de los lugares y Estados miembros a los que se dirijan²³.
 - d) El control del cumplimiento de dichas disposiciones (contractuales) de derecho medioambiental, **social y laboral, debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación**, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas. **La necesaria verificación a tal efecto ha de efectuarse con arreglo a las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado (considerando 40)**.
 - e) 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.
 - f) Los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario

23. Cuando es un nacional el que licita compitiendo con otros nacionales, el recurso a la deslocalización podría suponer un fraude de ley que distorsiona el principio de libre competencia, en cuyo caso la oferta debería ser rechazada (Resolución 69/2015 del Tribunal de Contratación Pública de Madrid).

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 (considerando 98).

En el articulado de la Directiva 2014/24, destacar que el cumplimiento de las obligaciones legales del sector laboral se recoge como un principio o declaración programática de la propia Directiva 2014/24/UE, en el apartado 2 de su artículo 18, que si bien carece de efecto directo, al no gozar de la precisión necesaria, debe informar la actuación de los poderes adjudicadores, en cuanto establece que “Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”.

La percepción social del contrato se refleja también en los aspectos relativos a la capacidad para la ejecución del contrato, pues el artículo 56 de la Directiva 2014/24/UE permite que los poderes adjudicadores puedan decidir no adjudicar un contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa, cuando hayan comprobado que la misma no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2. Lo que habilita que el artículo 69 de la Directiva contemple la posibilidad de excluir una oferta por anormalidad desde esta perspectiva social. Así, el *dumping* social (o el ambiental) son actuaciones contrarias a una correcta contratación pública en competencia y, por ello, puede excluirse a empresas que no cumplen dichas exigencias.

Por lo que se refiere al objeto del contrato, hay que reseñar que los aspectos sociales figuran en la definición del objeto de los contratos (artículo 62). Nada impide una “precisión social” del objeto del contrato, pues con ello no se afecta a la regla de transparencia pretendida por el CPV. La concreción “social” no desnaturaliza, ni esconde, el objeto principal de la prestación, ni implica una barrera de entrada contraria a la función del CPV (así se recuerda en el Informe 16/2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón).

También hay especial referencia a lo social en los criterios de adjudicación, pues el artículo 67 de la Directiva establece que los contratos públicos se adjudicarán a ofertas económicamente más ventajosas, y que esta determinación debe atender “a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y 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 público de que se trate. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo: a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato²⁴, o [...]”.

Los criterios sociales podrán, a priori, ser criterios de adjudicación, siempre que se acredite satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato²⁵. Se podrán admitir criterios de adjudicación sociales cuando estos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato, lo que resulta complicado (pero no imposible, como se verá) en la fase de la adjudicación²⁶. Tal opción será posible si se acredita una vinculación al objeto del

24. No se contempla el criterio de experiencia –contrario a derecho por no estar vinculado al objeto del contrato–, sino la mejor calidad que en ciertas prestaciones personales puede aportar la cualificación personal. Lo explica bien el considerando 94 de la Directiva 24/2014: “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. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. Los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad”. Resulta de interés el trabajo de R. FERNÁNDEZ ACEVEDO y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de directivas del sector”, en AA. VV., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 239-261. Como bien precisa P. VALCÁRCEL, este criterio no supone más que una precisión al criterio calidad en prestaciones personales muy cualificadas, donde el valor proviene no de la empresa sino del concreto personal que se adscribe al contrato (“Valoración de la experiencia en el marco de los criterios de adjudicación”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 131, 2014, pp. 22-24).

25. El elemento común a todos los criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse, tal como los que se citan expresamente, a la naturaleza de los trabajos que se van a realizar o la forma en que se harán. *Vid.* G. DOMÉNECH PASCUAL, “La valoración de las ofertas en el derecho de los contratos públicos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 30, 2012.

26. De especial interés resulta el trabajo de M. Á. BERNAL BLAY, “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, en AA. VV., *El derecho de los contratos públicos*, Monográficos de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, 2008, pp. 211-252.

contrato, al igual que se admite para los criterios ambientales. La STJUE de 26 de septiembre de 2000 (Comisión/Francia) admitió que la inclusión de una cláusula relativa al empleo, relacionada con la lucha contra el desempleo, no es, por sí, contraria a derecho comunitario europeo:

[...]

50. *No obstante, esta disposición (Directiva) no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que esta respete todos los principios fundamentales del derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, apartado 29).*

51. *Además, aun cuando tal criterio no sea en sí mismo incompatible con la Directiva 93/37, su aplicación debe respetar todas las normas de procedimiento de dicha Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 31, por lo que respecta a la Directiva 71/305). Se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de condición.*

En la consideración de la vinculación de los criterios sociales resulta de especial interés la doctrina recogida en la STJUE de 10 de mayo de 2012, en el Asunto C-368/10, que 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 este”, y que concluye que “nada se opone, en principio, a que dicho criterio se refiera al hecho de que un producto proceda del comercio justo”. De manera que el Tribunal entendió que existía identidad de razón suficiente para considerar aplicable el criterio sustentado por la Sentencia dictada en el Asunto C-368/2010 (considerando 91)²⁷.

En todo caso, debe exigirse tanto que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características

Criterio del que participan tanto el Consejo de Estado (Dictamen 4468/1998, de 22 de diciembre) como el Consejo Económico y Social (Dictamen núm. 5, de 27 de mayo), al entender que los criterios a valorar en un concurso “no han de limitarse a una mera consideración presupuestaria sino que han de venir integrados en el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos”.

27. Vid. T. MEDINA, “La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *REDA*, núm. 153, 2012, pp. 213-240.

y la propia naturaleza del contrato, como que no se desvirtúen los propios principios de la contratación pública.

Por último, el artículo 70 de la Directiva 2014/24, relativo a las “condiciones de ejecución del contrato”, permite tal posibilidad: “Las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también 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 animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional” (considerando 98)²⁸. En esta fase de ejecución parecen encajar bien las distintas “modulaciones sociales del contrato”, incluida la de la determinación de un mínimo de retribución a los trabajadores. Posibilidad que ha sido admitida por la STJUE de 17 de noviembre, *Regio Post* (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato. O regular las condiciones de la subcontratación (elemento esencial en un gran número de contratos públicos).

Se constata, en definitiva, que las directivas abren posibilidades para hacer política pública social con los contratos públicos. Pero con los límites de respetar los principios europeos y de no distorsionar de forma indebida la competencia.

3

A propósito de las condiciones y criterios sociales y su utilización en España. Posibilidades y límites

La normativa española ya ha decantado esta visión social en la contratación pública, con más o menos intensidad. Así, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, incorporó en su artículo 3, entre los principios rectores de la contratación, la consecución de objetivos sociales y de protección ambiental cuando guarden relación con la prestación solicitada y comporten, directa o indirectamente, ventajas para la entidad contratante. También ofrece una clara visión social la Ley 6/2006, de contratos públicos de Navarra, así como la Ley 3/2016, de 7 de abril, del País Vasco, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública; y el Decreto-ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes

28. Posibilidad expresamente admitida por la Resolución del TACRC 106/2016.

en materia de contratación pública, de Cataluña. Incluso algunas comunidades autónomas han regulado el carácter obligatorio de las cláusulas sociales. Así, la Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de Castilla y León, exige que “las Administraciones Públicas de Castilla y León, en el marco de la legislación de contratos del sector público, aplicarán un régimen de contratación pública socialmente responsable”, requiriendo expresamente actuaciones concretas en su artículo 48.2 a la Administración autonómica, y a ayuntamientos y diputaciones. En el mismo sentido, la Ley Foral Navarra 1/2015, de 22 de enero, por la que se modifica la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, para la introducción de cláusulas sociales con carácter obligatorio en los pliegos de cláusulas administrativas de los contratos del sector público de esa Comunidad. Incluso el Proyecto de Ley de Contratos en tramitación parlamentaria, *ex* artículo 199, exige a los órganos de contratación adoptar las medidas para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplan las obligaciones aplicables en materia social o laboral establecidas en las disposiciones nacionales e internacionales “que vinculen al Estado”, sin remitir a la relación de convenios que recoge la Directiva, lo que la hace más general y abierta²⁹.

El contexto actual ha favorecido esta visión y ha permitido, además, la proliferación de guías y documentos sobre la utilización de criterios sociales³⁰, lo que, por sí mismo, no facilita la mejor solución, pues, en mi opinión, es necesario un análisis individualizado para cada contrato, sin que pueda regularse una respuesta de alcance general.

29. En relación con esta obligatoriedad, la exposición de motivos del PLCSP precisa que “se impone al órgano de contratación la obligación” de introducir en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo, “pero se le deja en libertad para que pueda decidir si las incluye en cada contrato en concreto como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución”. *Vid.* J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “Avanzando en Contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación”, publicado en www.obcp.es.

30. Sirva de ejemplo el Acuerdo de 18 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (que tiene por objeto la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos que celebren la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales, con el fin de contribuir a la promoción y consolidación de un tejido empresarial sostenible, la apuesta por un empleo de calidad, con un fuerte compromiso social y ambiental, así como la consecución de un sistema de contratación pública sostenible, que aúne política social, balance social y redistribución equilibrada de la riqueza, profundizando en las raíces de un Estado del bienestar que promueva la igualdad de oportunidades, pensando en el propio bienestar de generaciones venideras). También los OCEX recomiendan la inclusión en los pliegos de criterios sociales (Informe de 24 de octubre de 2014 del *Consello de Contas* de Galicia - Contratación Administrativa 2010-2011) y reclaman el cumplimiento de las obligaciones que impone la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (informes del Tribunal de Cuentas núm. 1085, de 26 de marzo de 2015, y núm. 1022, de 30 de enero de 2014).

El problema es determinar en qué fase del procedimiento de licitación es más conveniente valorar las condiciones sociales³¹. Por supuesto es un elemento a tener en cuenta en el objeto del contrato y en ciertas condiciones de solvencia, y, muy especialmente, para determinar el presupuesto/valor estimado del contrato³².

La utilización como criterio de adjudicación aconseja un análisis previo sobre si es este el momento procedimental oportuno para la consecución de los objetivos pretendidos³³. Algún autor defiende la conveniencia de incluirlos en los pliegos de cláusulas administrativas, pues, como indica J. A. MORENO MOLINA³⁴,

31. Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse los siguientes trabajos: M. Á. BERNAL BLAY, “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, ob. cit.; J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 516 y ss.; F. VILLALBA PÉREZ, “La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 74, 2009, pp. 49 y ss.; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009; J. A. VÉLEZ TORO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local”, *Contratación Administrativa Práctica*, 10, 2002, pp. 32 y ss.; S. VERNIA TRILLO, “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 20, 2002, pp. 429-454; J. F. MESTRE DELGADO, “Contratos...”, ob. cit., pp. 705-730; H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones Públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003, pp. 27-67; P. LÓPEZ TOLEDO, “Contratación pública y medio ambiente”, *Contratación Administrativa Práctica*, 33, 2004, pp. 25 y ss.; P. L. MARTÍNEZ PALLARÉS, “El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 y ss.; J. M.^a GIMENO FELIU, “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, ob. cit., pp. 61 y ss.; del mismo autor, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 202 y ss.; J. A. BLÁZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, 42, 2005, pp. 39 y ss.; A. GONZÁLEZ ALONSO, “La contratación pública ecológica”, *Justicia Administrativa*, 47, 2010, pp. 31 y ss.; M. OLLER RUBERT, “La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 1, 2010; J. J. PERNÁS GARCÍA, *Contratación pública verde*, La Ley, Madrid, 2012; y A. RAMOS PÉREZ-OLIVARES, *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*, La Ley, Madrid, 2012.

32. Sobre la importancia de determinar adecuadamente el presupuesto pueden citarse, entre otras, la Resolución 707/2016, de 16 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y la Resolución 210/2016, de 16 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

33. Así lo entienden también J. A. BLÁZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, en “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, pp. 39-48.

34. J. A. MORENO MOLINA, *Nuevo régimen de contratación administrativa: adaptada al Nuevo Reglamento de Contratos y a la Ley de Concesión de Obras Públicas*, La Ley, Madrid, p. 322. Igualmente, VERNIA TRILLO, S., “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, 2002, pp. 441-453.

es un criterio objetivo adecuado que se sitúa entre los objetivos prioritarios de actuación de los poderes públicos³⁵.

Formalmente el artículo 150 TRLCSP, “Criterios de valoración de las ofertas”, permite tal posibilidad, al establecer que para la valoración de las ofertas y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, indicando diversos, y, entre ellos, las características vinculadas con 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. No hay, por ello, un problema de legalidad de la inclusión de los aspectos sociales en la adjudicación, siempre que guarden relación con la prestación demandada, y no relación con una mejor solvencia³⁶. Lo que en la práctica no resulta fácil, por cuanto, cuando se citan criterios como el empleo de trabajadores minusválidos, la estabilidad de la plantilla, o el índice de siniestralidad laboral, difícilmente se puede justificar su relación con la prestación demandada, siendo más propio de necesaria valoración en la fase de solvencia de los contratistas³⁷ (este ha sido, por lo demás, el criterio de la Comisión cuando se ha pretendido utilizar como criterio de adjudicación la estabilidad laboral)³⁸. Así se ha pronunciado el Tribunal Administrativo

35. Por el contrario, una posición contraria a la valoración en la contratación de criterios relativos a otras políticas de la Unión Europea —como cláusulas sociales o medioambientales— es sostenida por S. ARROWSMITH, “The E.C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach”, *European Law Review*, vol. 21, núm. 1, 2002, pp. 11-13.

36. No se exige que esa relación con el objeto contractual sea inmediata o especialmente intensa, sino solo una verdadera vinculación; lo que se persigue es evitar criterios adjudicadores ajenos a la correcta ejecución del contrato, y, por ello, es suficiente con que la cláusula social establecida como criterio de adjudicación contribuya a la realización de las prestaciones pactadas. Véase H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones Públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, 20, 2003, p. 63. También, M. Á. BERNAL BLAY, “Hacia una contratación pública socialmente...”, ob. cit., pp. 232-233.

37. Por ello, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 5/2002, de 13 de junio, entiende que la estabilidad en el empleo no puede ser criterio de concurso, pudiendo ser causa de selección y exclusión de contratistas. Sobre la dificultad de valorar criterios sociales en el concurso se pronuncian también J. A. BLÁZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, ob. cit., pp. 45-48. Esto explica la posición de la Comisión frente a la opción de la Comunidad de Madrid de valorar los criterios sociales en el concurso, ya que a juicio de aquella son criterios de índole subjetiva que no guardan relación con la prestación concreta.

38. Dictamen Motivado, remitido el 8 de febrero de 2002, a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea (Infracción núm. 1998/5040) contra Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, de la Comunidad de Madrid. La Comisión Europea señaló que “no cabe duda de que los objetivos que persigue la Comunidad Autónoma de Madrid en relación con la promoción del empleo estable no solo son loables, sino que se adecuan perfectamente a la política social comunitaria. Lo que la Comisión objeta no es el fin, sino

Central de Recursos Contractuales en la Resolución 130/2011, de 27 de abril, donde se afirma lo siguiente:

Ambas circunstancias incumplen, según el juicio de este Tribunal, el requisito de estar directamente vinculadas al objeto del contrato, siéndoles de aplicación las mismas consideraciones que con anterioridad se han hecho con respecto de la valoración del importe de la póliza de responsabilidad civil en los términos antedichos. Por lo que respecta a la titularidad o no de un centro de formación por parte del licitador es algo que ya está exigido por la legislación específica del sector tal como la asociación empresarial reclamante pone de manifiesto en su escrito de interposición, pero que no afecta, según el criterio de este Tribunal, a la mayor o menor calidad de la prestación del servicio, por ser una exigencia general para todas las empresas del sector. Por otra parte, el hecho de valorar con mayor puntuación que el centro de formación sea de la titularidad de la empresa licitadora o simplemente lo tenga a su disposición en virtud de algún otro título jurídico, es absolutamente irrelevante para la prestación del servicio y no debe valorarse como criterio de adjudicación.

Cuestión similar es la relativa a la estabilidad en el empleo. Este requisito se exige con respecto a la plantilla de la empresa no con relación a los trabajadores de la misma que vayan a realizar la prestación objeto del contrato, respecto de los cuales existe además la obligación de subrogarse y, por tanto, el requisito de estabilidad en el empleo ya resulta implícito en ella. Está claro que en tales circunstancias no puede considerarse que este criterio de estabilidad cumpla los requisitos del artículo 134.1 de la Ley de Contratos del Sector Público antes mencionados y por tanto no puede ser incluido como tal en los pliegos³⁹.

el medio. Las directivas comunitarias sobre contratación pública y las disposiciones del Tratado aplicables en la materia se integran en el marco de la realización del mercado interior: sus objetivos son, por una parte, optimizar la gestión de las compras públicas, tratando de obtener la mejor relación calidad-precio y, por otra, garantizar una competencia efectiva y unas condiciones de acceso al mercado iguales para todas las empresas. Las directivas que rigen la contratación pública no han sido por tanto concebidas como instrumentos de la política social, que tiene otros medios de los que servirse. Ello se refleja en el articulado actual de las directivas, que solo admiten las dos formas de adjudicación descritas más arriba, sin que quepa incluir entre los criterios de adjudicación ninguna consideración ajena a la prestación concreta de que se trate”. La Comunidad de Madrid –Decreto 128/2005– derogó el precepto cuestionado.

39. Por ello, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 53/08, de 29 de enero de 2009, “Medidas que contribuyan y fomenten la integración de personas discapacitadas”, afirmaba que no es posible exigir la utilización como criterio de adjudicación del número o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla vinculados directamente a la ejecución del contrato, porque tal criterio no cumple el requisito de estar vinculado directamente al objeto del contrato.

Sin embargo, los tribunales administrativos de recursos contractuales han “reconstruido” el modelo, fijando posibilidades y límites. Sin duda, el inicio de esta nueva tendencia se encuentra en la Resolución 16/2016, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid⁴⁰. Como explica E. HERNÁEZ, para llegar a la conclusión de admisibilidad de criterios de valoración de índole social se parte de que la Directiva no niega la posibilidad, señalando su considerando 39 (de la misma forma que su predecesora en su artículo 26, transpuesto a su vez en el artículo 118 del TRLCSP) que “También debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el derecho de la Unión, en los contratos públicos. El incumplimiento de las respectivas obligaciones podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público”. Por otro lado fue determinante el considerando 91 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de mayo de 2012, en el Asunto C-368/10, que 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 este”, y que concluye que “nada se opone, en principio, a que dicho criterio se refiera al hecho de que un producto proceda del comercio justo”⁴¹. De manera que el Tribunal entendió que existía 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 intrínseco del producto a suministrar, como es su procedencia del comercio justo–, para apreciar su calidad, a efectos interpretativos del artículo 150 del TRLCSP⁴².

Esta línea fue confirmada por la Resolución 210/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que advierte lo siguiente:

40. En las resoluciones 90 y 91/2016 del TACPM se consolida la anterior doctrina. En la Resolución 206/2016, de 6 de octubre, se advierte sobre que el hecho de que los tribunales hayan reconocido con carácter general la posibilidad de establecer criterios sociales, no implica su aval incondicionado, sino que su determinación dependerá del objeto del contrato. No obstante, insiste en que no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado material y específicamente a la prestación, siendo suficiente con que tenga una evidente repercusión en la calidad de la misma.

41. E. HERNÁEZ SALGUERO, “La contratación socialmente estratégica y los criterios de adjudicación”, publicado en www.obcp.es.

42. E. HERNÁEZ explica que a todo ello cabe añadir que el considerando 92 de la Directiva de contratos contempla esta opción señalando que “[...] 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”.

La introducción de este criterio social –contratación de personas en riesgo de exclusión del mercado laboral y de personas discapacitadas– en la fase de valoración ha de ser ponderada en sus justos términos, pues, incorporada en esta fase, en la de la adjudicación del contrato, podría resultar contraria a los principios contractuales de igualdad y no discriminación exigidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP y en la normativa europea por lo que, en tal caso, provocaría un vicio de nulidad de pleno derecho por aplicación del artículo 32.a) del TRLCSP, en relación con el artículo 62.1.a), por ser la igualdad formal un derecho de amparo constitucional.

Es desde el punto de vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), relativa a la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública, de donde emanan las más importantes limitaciones, si bien distinguiendo los mecanismos de cómo se exigen: bien configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para la valoración de las ofertas

[...] Del análisis jurisprudencial no puede afirmarse que exista un cuerpo jurisprudencial uniforme sobre la admisibilidad o no de estas cláusulas sociales en el derecho de la contratación pública de la Unión Europea.

[...] Al abrigo de esta doctrina, y dado que en la actualidad está pendiente la Resolución en el Tribunal de Luxemburgo de un recurso interpuesto el 22 de julio de 2010 por la Comisión Europea contra el Reino de los Países Bajos (Asunto C-368/10) en un procedimiento de contratación en el que se introducían criterios de responsabilidad social de las empresas, y al amparo de la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hemos de revisar la legalidad de las mejoras sociales introducidas en el apartado B.2.3 del PCAP.

La introducción de estos criterios sociales dirigidos a la lucha contra el desempleo y al empleo de personas con discapacidad son loables en la etapa de crisis que atravesamos, si bien su admisión queda condicionada a dos parámetros: el primero, han de guardar relación directa con el objeto del contrato (artículo 150.1 del TRLCSP) y el segundo, no resultar discriminatorias, como por ejemplo cuando además introducen criterios de arraigo territorial (v. gr. Resolución núm. 130/20154 de este Tribunal que declaró la nulidad del criterio social porque precisaba que las personas desempleadas fueran demandantes de empleo en oficinas concretas circunscritas a una comunidad autónoma).

Dada la inmediatez de la fecha (18 de abril de 2016) para que el Estado español incorpore a nuestra normativa de contratación del sector público la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Direc-

tiva 2004/18/CE, hemos de enjuiciar las mejoras sociales referidas bajo los parámetros introducidos en la referida Directiva 2014/24/UE.

[...] Tomando como referente de lege lata el artículo 150.1.º del TRLCSP, sumado a las normas imperativas contenidas en la referida Directiva 2014/24/UE, analizadas las mejoras sociales contenidas en la cláusula 11.ª B.2.3 y observando que guardan relación con el objeto del contrato y la debida proporcionalidad en su puntuación (de 0 a 5 puntos), hemos de deducir que no resultan contrarias a derecho porque no introducen elementos distorsionadores de la igualdad y concurrencia ni desvirtúan el principio general de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, que rige esta fase de la contratación administrativa, la de adjudicación.

Complementan (y amplían) la línea argumentativa sobre las condiciones sociales en la contratación pública los acuerdos 72, 73 y 80/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (también el Acuerdo 62/2017), afirmando de forma expresa que “las condiciones sociales de los contratos públicos, en tanto política pública, pueden formar parte del diseño de un contrato si bien, deben estar vinculadas, directa o indirectamente, al objeto del contrato. Esta es, por lo demás, la filosofía de la nueva regulación europea de la contratación pública, validada por la jurisprudencia del TJUE”.

En todo caso, el TACPA advierte que no resultarán admisibles aquellas exigencias o estipulaciones que “fuercen” la vinculación exigible o que interfieran de forma indebida en la propia política empresarial de las empresas. La contratación pública puede estar al servicio de condiciones sociales, pero con el límite de no distorsionar la competencia, ni introducir controles indebidos en la gestión legítima de los intereses empresariales. Los pliegos de una licitación pública no pueden exceder en su función regulatoria vinculada a la correcta ejecución del contrato y proyectar efectos sobre la organización de la empresa licitadora, imponiendo reglas sobre las que se carece de título competencial —como ha advertido el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1156/2016, de 18 de mayo, vía contrato público, no puede modularse la legislación laboral estatal—, y que limitan indebidamente el derecho a la libertad de empresa en una economía social de mercado (artículo 38 CE), para cuya protección el Tribunal Constitucional exige que las medidas de restricción sean proporcionadas e indispensables —STC 109/2003, de 3 de junio, fundamento 15—.

Pero se validan las previsiones sociales del pliego impugnado. Además, con relación a la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, este Tribunal administrativo considera legal

tal opción, que no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato, y que pretende dotar de calidad a la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Justifica su argumento en la citada Sentencia TJUE de 17 de noviembre, *Regio Post* (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato. Y recuerda que el licitador que oferta conforme a las condiciones de un convenio colectivo, está obligado a mantener esas condiciones por cuanto la oferta es parte del pliego y los pliegos son *lex contractus* que vinculan durante su ejecución conforme al principio *pacta sunt servanda*, sin que la ultraactividad de los convenios pueda interferir en la ejecución de un contrato ya adjudicado, pues se quebraría el principio de equivalencia de las prestaciones, así como el principio de igualdad de trato entre licitadores, al alterarse las condiciones de la adjudicación.

El TACPA, en estos acuerdos, admite incluso que, para cuando no hay previsión legal o convencional de subrogación, se pueda optar por incluir en el pliego la “estabilidad” de cierto personal de la plantilla laboral (previo consentimiento previo de este). Opción muy discutida, ciertamente, pero que ha sido admitida por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª (aunque ha sido casada por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1350/2016, de 8 junio, el Tribunal Supremo no niega la posibilidad de la “subrogación contractual” en abstracto, que, en mi opinión, se debe concretar en el mantenimiento de cierta plantilla para preservar la calidad de la prestación).

De esta doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales se extrae la conclusión de que las condiciones sociales y laborales forman parte del propio objeto de una licitación pública, y de que esta posibilidad, además, no supone una restricción indebida de la competencia y permite introducir criterios sociales en las licitaciones públicas, que posibilitan un mejor cumplimiento del contrato. Sin embargo, su utilización exige prudencia y adecuación al caso concreto. En este sentido son de interés las conclusiones contenidas en el Informe 1/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre integración de aspectos sociales, laborales y medioambientales en la contratación pública:

- a) En primer lugar, es imprescindible acotar de alguna manera el ámbito de aplicación, ya que cláusulas como la propuesta solo tienen sentido cuando se contraten prestaciones en las que el componente económi-

co fundamental venga constituido por el coste de la mano de obra, o en las que se incorporen cláusulas de subrogación de trabajadores.

- b) En segundo lugar, y no menos importante, además de adaptarse según el objeto y tipología de contrato, su inclusión requiere de una evaluación previa para determinar la idoneidad de incluirla e, incluso, su alcance temporal. Salvo que el Gobierno de Aragón se dote de algún instrumento normativo que establezca su obligatoriedad o, en su caso, la recomendación de su inclusión en las licitaciones, su incorporación en cada caso dependerá de la decisión del órgano de contratación competente, valorando las circunstancias de la concreta licitación.
- c) En tercer lugar, la cláusula debe incorporar los necesarios parámetros objetivos para determinar cuándo la obligación se entiende cumplida; 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.

Los criterios de vinculación social pretenden favorecer a determinadas empresas por su característica social, pues no son posibles los criterios de adjudicación vinculados a la experiencia o regionalidad. La STJUE de 24 de enero de 2008, *Lianakis*, cuya doctrina confirma la STJUE de 12 de noviembre de 2009, *Comisión República Helénica*, advierte que no pueden confundirse los criterios de aptitud con los de oferta económicamente más ventajosa⁴³. Criterio asumido también por la Sentencia del Tribunal Supremo

43. Recuérdese que esta era ya la doctrina fijada en la STJUE de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*. La STJUE de 9 de octubre de 2014 (España/Comisión As. T-2/07), que desestima el recurso interpuesto por el Reino de España contra la sentencia –del Tribunal General– mediante la cual se desestimó su pretensión de anulación de la Decisión de la Comisión de reducción de la ayuda financiera concedida mediante el Fondo de Cohesión, por incumplimiento de determinadas normas de la Unión Europea sobre adjudicación de contratos públicos, al haber previsto la experiencia, las cualificaciones y los medios a emplear como criterios de adjudicación, insiste en que bajo ningún concepto puede admitirse como criterio válido la experiencia. El Tribunal (apartado 35) declara que la consideración de la experiencia específica para realizar la obra se basa en la capacidad técnica de los licitadores, y esta experiencia constituye un criterio pertinente de verificación de la aptitud de los contratistas, de acuerdo con las disposiciones relativas concretamente a los criterios denominados de “selección cualitativa”. Y recuerda lo siguiente: “[...] tal como resulta de los apartados 30 a 32 de la sentencia *Lianakis* y otros, relativa a normas análogas en materia de contratos públicos de servicios, el Tribunal de Justicia ha distinguido claramente los criterios de adjudicación de los criterios de selección cualitativa que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión y ha considerado que los criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión pertenecen a esta última categoría y, por tanto, no tienen

de 24 de septiembre de 2008 (RJ 4570), al afirmar que la experiencia de los contratistas es un criterio para verificar la aptitud de los mismos, y no puede utilizarse como criterio para la adjudicación del contrato, ya que son fases separadas que se rigen por normas diferentes⁴⁴.

el carácter de criterios de adjudicación. De este modo, el Tribunal de Justicia ha excluido que el criterio de la experiencia pueda servir como criterio de adjudicación, contrariamente a lo alegado por el Reino de España” (apartado 36).

44. La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2014 (RJ 2014/5440) insiste en la doctrina sobre ilegalidad de la experiencia como criterio de adjudicación:

En la Sentencia de 11 de julio de 2006, recurso de casación 410/2004, FJ 7.º de la Sección Cuarta de esta Sala se recordaba que “este Tribunal en Sentencia de 24 de mayo de 2004, recurso de casación 7759/1999, ha sostenido que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa esencial en nuestro ordenamiento”. Criterio que se reiteró en la Sentencia de 27 de octubre de 2004, recurso de casación 2029/2000 al declarar que “si el criterio de la experiencia está en contradicción con las directrices de la normativa de la Comunidad Económica Europea resulta indiscutible que no podrá ser consignado en los pliegos de condiciones particulares”. Asimismo en la de 28 de febrero de 2005, recurso de casación 161/2002 se afirmó que la valoración de la experiencia no se compadece estrictamente con la legislación comunitaria pero en dicha cuestión no se entraba al no haber sido alegada por las partes.

Por ello en la Sentencia de 5 de julio de 2005, recurso de casación 852/2003 se desestima el recurso de casación interpuesto por un ayuntamiento contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valencia que anulaba el Pliego de condiciones de un concurso recurrido por un licitador, entre otros puntos, por la valoración de la experiencia en contratos de gestión de servicios similares. Otro tanto acontece con la Sentencia de 28 de abril de 2005, recurso de casación 418/2003, al rechazar asimismo un recurso de casación deducido por un ayuntamiento contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que había estimado un recurso del Abogado del Estado contra un acuerdo de un ayuntamiento relativo a la adjudicación de un concurso en que se valoraba la experiencia de empresas que la hubiesen adquirido precisamente en Cataluña. Se declaró que no cabía acoger la alegación municipal relativa a que la escasa puntuación asignada a la experiencia hacía que el citado criterio resultase prácticamente irrelevante. También en la Sentencia de 10 de mayo de 2004, recurso de casación 44/1999 se desestima el recurso de casación interpuesto por un ayuntamiento frente a sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife que anula el pliego de condiciones económico-administrativas y el acuerdo de adjudicación de un concurso impugnado por un licitador dado que se exigía una experiencia mínima de tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable lo que infringía el principio de libre concurrencia ya establecido en el art. 13 de la Ley de Contratos del Estado.

La pervivencia de cláusulas como la aquí controvertida en los pliegos de condiciones resulta notoria a este Tribunal al haber examinado recursos de casación en que era objeto de impugnación la puntuación derivada de los criterios de valoración asignados al concepto experiencia (entre otras sentencias las de 25 de septiembre de 2000, recurso de casación 7065/1994; 9 de diciembre de 2004, recurso de casación 5769/2001; 23 de marzo de 2005, recurso de casación 2129/2002), o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase (sentencia 13 de abril de 2005, recurso de casación 7987/2000; sentencia de 8 de julio de 2005, recurso de casación 511/2002; sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000; sentencia de 15 de marzo de 2006, recurso de casación 3677/2003; sentencia de 5 de junio de 2006, recurso de casación 9067/2003).

No es posible tampoco una cláusula social, ni como condición de ejecución, que prevea que una empresa adjudicataria repercuta los beneficios derivados del contrato (o tribute por ellos) en un concreto territorio, por ser claramente discriminatoria (Informe 15/2016, JCCA de Aragón). Ni tampoco son admisibles los criterios de arraigo (el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 9/2009, de 31 de marzo, advierte de la no validez). El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 130/20154, ha declarado la nulidad del criterio social, porque precisaba que las personas desempleadas fueran demandantes de empleo en oficinas concretas circunscritas a una comunidad autónoma.

Con todo, la admisión de criterios sociales de adjudicación, como opción, debe preservar la idea del cumplimiento social de la prestación. De nada sirve un criterio social si luego la empresa que resulta adjudicataria en su oferta ha optado por otros criterios, como el precio. La utilización de criterios sociales debe servir para “forzar una comparación de ofertas” global, y no para optar entre modelos sociales o no sociales de la oferta. Esto explica por qué en ciertas ocasiones la estrategia social del contrato aconseja prestar especial atención a la fase de ejecución, que será obligatoria para todo licitador que aspire a la adjudicación. Regular las retribuciones mínimas del personal y su forma de acreditación periódica, prever la obligación de subcontratación de ciertos elementos del contrato con determinados colectivos sociales (como empresas de iniciativa social), imponer penalidades contractuales que “estimulen” el correcto cumplimiento de la sensibilidad social del contrato, son, entre otras, previsiones muy eficaces en la consolidación de una contratación socialmente responsable eficaz (sin obviar el importante efecto didáctico para extender estas propuestas al sector privado).

En conclusión, ante la generalización del intento de resolver determinadas situaciones de alcance social (muy especialmente salariales y de calidad en los contratos de servicios), no cabe una única solución “universal”. Es necesario analizar cada caso concreto y con suma prudencia la posibilidad de incluir criterios sociales, tanto a través de las condiciones de ejecución del contrato como de criterios de adjudicación del mismo, acudiendo para ello a la jurisprudencia del TJUE, que, en cierto modo, va siendo positivizada en las directivas de contratación, y siempre con los límites de los principios generales de la contratación pública, sin que ello impida, a mi juicio, ir dando algunos pasos en pro de la incorporación de estos criterios sociales, tal y como han venido admitiendo los tribunales administrativos de contratos públicos.

4

Reserva de contratos como estrategia social

Una técnica de especial interés en la articulación de políticas públicas sociales es la reserva de contratos a determinados colectivos. Eso explica que la reserva de contratación pública abierta a los talleres protegidos de todos los Estados miembros, si respeta el principio de transparencia, resulta, en principio, admisible, y así se reconoce en las SSTJUE de 18 de noviembre de 1999, Asunto *Unitrom* (C—275/98), y de 7 de diciembre de 2000, Asunto *Telaustria* (C—324/98).

En el contexto de satisfacción de objetivos sociales en la contratación pública se explica la previsión del artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE, que reconoce la potestad de los Estados de reservar, sin que la norma delimite cuantitativamente la reserva, a talleres protegidos el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, o su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, en los siguientes términos: “Los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales”.

Y, en esta misma línea, el artículo 20 de la Directiva 2014/24. Este precepto permite a Estados miembros reservar el derecho a participar, en los procedimientos de contratación, a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea “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, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos”⁴⁵.

45. Este precepto no ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico español (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 de la Directiva, el plazo de transposición de la misma concluía el 18 de abril de 2016), y no es posible justificar su aplicación por la doctrina del efecto directo de las directivas europeas por incumplimiento de los plazos de transposición, pues ofrece una posibilidad a los Estados (y no a los poderes adjudicadores), por lo que no existe un mandato incondicionado. Este es, por lo demás, el criterio interpretativo de los tribunales administrativos de recursos contractuales aprobado el 1 de marzo de 2016 (disponible en la página web de este Tribunal), donde de forma expresa se afirma en relación a este artículo que “Al igual que en el caso del artículo 24 de la Directiva de Concesiones, este precepto, en cuanto contempla la posibilidad de reservar el derecho a licitar a determinados entes por la función social que desempeñan, no establece un mandato claro e incondicionado, por lo que carece de efecto directo, si bien su contenido está parcialmente recogido en la Disposición adicional quinta del TRLCSP”. Así lo ha declarado, por cierto, el Acuerdo 62/2017 del TACPA.

De estos preceptos puede concluirse la legalidad –amén de la conveniencia– de la reserva de contratos en atención a ese fin (que no puede extenderse a otro tipo de empresas o colectivos), en los procesos de licitación pública, siempre que guarden relación con la prestación demandada.

La finalidad de esta tipología de contratos es hacer política social con los fondos de la contratación pública, y así se contempla en la disposición adicional quinta:

Disposición adicional quinta. Contratos reservados del TRLCSP

1. Mediante acuerdo del Consejo de Ministros o a través del órgano competente en el ámbito de las comunidades autónomas y de las entidades locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo y a empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 por ciento de los empleados de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sean trabajadores con discapacidad o en riesgo de exclusión social.

En el referido acuerdo del Consejo de Ministros o a través del órgano competente en el ámbito de las comunidades autónomas y de las entidades locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.

2. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición.

La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, Ley 3/2011), amplió el ámbito de la técnica de los contratos reservados, optando por hacer obligatoria la reserva de contratos para la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus organismos públicos, en los términos recogidos en su artículo 7, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 7. Reservas sociales de contratos.

1. La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus organismos públicos deberán reservar la participación en los corres-

pondientes procedimientos de adjudicación de contratos de servicios, suministros y gestión de servicios públicos a centros especiales de empleo, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la indole 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, en los términos establecidos en este artículo. En el caso de reservas de ejecución en el marco de programas de empleo protegido, dichas reservas se podrán efectuar igualmente en contratos de obras.

En todo caso será necesario que las prestaciones se adecuen a las peculiaridades de tales entidades.

Los órganos de contratación podrán, en el ámbito de sectores objeto de contratación centralizada, contratar al margen de la misma si optan por reservar el contrato, siempre que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del correspondiente procedimiento de contratación centralizada hayan previsto esta excepción.

2. La reserva podrá afectar al objeto íntegro del contrato o solo a uno o varios de los lotes del mismo.

3. Las entidades a las que se refiere el apartado 1 que quieran ser contratadas en cumplimiento de las medidas reguladas por este artículo deberán inscribirse previamente en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón.

4. La reserva a centros especiales de empleo o para la ejecución en el marco de programas de empleo protegido podrá aplicarse a contratos de cualquier cuantía.

En el caso de las empresas de inserción la reserva únicamente se efectuará sobre contratos no sujetos a regulación armonizada, exceptuando los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de cuantía superior a 193 000 € o a la que resulte de aplicación por la normativa comunitaria.

5. Anualmente, la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma fijará los porcentajes mínimo y máximo del importe de estas reservas sociales a aplicar sobre el importe total anual de su contratación de suministros y servicios precisos para su funcionamiento ordinario realizada en el último ejercicio cerrado. Estos porcentajes podrán fijarse de manera diferenciada en función de los órganos de contratación o sectores materiales afectados.

A los efectos de elaborar el anteproyecto de ley de presupuestos, el departamento competente en materia de inserción laboral de los colectivos beneficiarios de la reserva, previa consulta con las asociaciones empresariales representativas de dichos sectores, presentará al departamento competente en materia de Economía la cifra de negocios correspondiente al año anterior de los distintos sectores empresariales beneficiarios de la reserva.

6. La concreción de los ámbitos, departamentos, organismos o contratos sobre los que se materializarán estas reservas se realizará mediante acuerdo del Gobierno de Aragón, a propuesta conjunta del Departamento de Presidencia y del departamento competente en materia de Economía.

7. En los anuncios de licitación correspondientes deberá hacerse referencia a la presente disposición.

8. Cuando, tras haberse seguido un procedimiento de un contrato reservado, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, se podrá licitar de nuevo el contrato sin efectuar la reserva inicialmente prevista, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. No obstante, el importe de dicho contrato computará a efectos de integrar los porcentajes mínimo y máximo citados en el apartado 5.

Esta opción de reservar contratos a ciertos colectivos con características sociales a proteger no supone, por sí, una limitación a la competencia. Así lo advierte el TACPA en su Acuerdo 57/2013, de 7 de octubre: “La posibilidad de reservar un contrato, conforme a la Directiva comunitaria lo es no en función de la tipología, sino en función de que la reserva atienda a la finalidad de contribuir eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad, o dificultades, en el mercado laboral. Es decir, al igual que en otros muchos campos del derecho de la contratación pública comunitaria, procede una interpretación funcional y no formal”. Pero esta reserva, claro, no puede sobrepasar sus límites naturales. Entre ellos, los tipos de contratos, pues no está prevista la reserva para contratos de obras o de concesión de obras, ya que, como ha advertido el Acuerdo 62/2017 del TACPA, aquí encajan mal las exigencias del tipo contractual con las características del personal encargado de su desarrollo. Ni tampoco el de su objeto: centros especiales de empleo o talleres de inserción social. No es posible, por tanto, una interpretación que amplíe la reserva al denominado conjunto de empresas de economía social, pues se establecería una restricción claramente contraria al principio de competencia.

Sobre la reserva a estos colectivos resultan de interés las conclusiones del Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 16/2011, de 8 de junio:

- a) El carácter de Centro Especial de Empleo —o de Empresa de Inserción—, que se exige en el artículo 7 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, para ser contratista en un contrato reservado, debe concurrir en todos y cada uno de los eventuales integrantes de una unión temporal de empresarios, sin que puedan operar en este punto las reglas de acumulación previstas en la normativa contractual, dado que no se trata de un requisito de solvencia, sino de una condición legal de aptitud.
- b) Los contratos reservados están sometidos a las reglas y los requisitos generales de la subcontratación previstos en los artículos 63, 227 y 228 TRLCSP, que facultan al órgano de contratación a optar entre una variedad de posibilidades que van desde la prohibición de la subcontratación al establecimiento de límites cuantitativos y/o cualitativos a su ejercicio, siendo estos últimos los más adecuados atendiendo a la finalidad última de la reserva social.

Por último, conviene advertir que en el PLCSP se regulan los contratos reservados (mediante disposición adicional), donde se señala que se fijará un porcentaje mínimo de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos, o de determinados lotes de los mismos, a centros especiales de empleo y a empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 por 100 de los empleados de los centros especiales de empleo, de las empresas de inserción o de los programas sean trabajadores discapacitados en situación de exclusión social.

5

Especialidades de contratación en servicios a las personas

Las directivas europeas de 2014 permiten que exista un régimen especial de servicios dirigidos a ciudadanos (educativos, sociales, sanitarios), ya

desvinculado de la idea de contrato de gestión de servicios públicos⁴⁶. 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. El paradigma de esta necesaria contextualización y adaptación de las reglas de la contratación pública son los servicios sociales, educativos o sanitarios, en tanto se prestan servicios “dirigidos a ciudadanos” y vinculados a prestaciones básicas que 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.

Con carácter previo al análisis de las distintas posibilidades de regulación sobre la colaboración de la Administración Pública en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a personas, conviene advertir que estas “relaciones jurídicas” se deben diseñar con una filosofía propia alejada de la óptica del mercado⁴⁷. 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). Esta especificidad procede del carácter vital de las necesidades que se han de satisfacer, garantizándose de este modo la aplicación de derechos fundamentales, como la dignidad y la integridad de la persona. Por ello, los servicios sanitarios (o sanitario/sociales, como sucede con los pacientes psiquiátricos) posibilitan una serie de medidas que pueden ser tenidas en cuenta en su licitación:

- a) funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad, que requiere, en particular, la no selección de los riesgos o la falta de equivalencia a título individual entre cotizaciones y prestaciones;

46. Resulta de especial interés el Informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre “Calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales. El riesgo asumido por el contratista como elemento clave para la calificación de un contrato como gestión de servicio público. Posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios”.

47. Me remito a lo expuesto en mi trabajo “Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)”, *Derecho y Salud*, Vol. 25, Número Extraordinario 1, 2015, pp. 65-85.

- b) carácter polivalente y personalizado, que integre las respuestas a las distintas necesidades para garantizar los derechos humanos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables;
- c) ausencia de ánimo de lucro, especialmente para abordar las situaciones más difíciles y que se explican, a menudo, por motivos históricos;
- e) participación de voluntarios y benévolo, expresión de una capacidad ciudadana;
- f) integración marcada en una tradición cultural (local); en particular, esto se advierte en la proximidad entre el proveedor del servicio y el beneficiario, lo que permite tener en cuenta las necesidades específicas de este último;
- g) relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios que no se puede asimilar a una relación “normal” de tipo proveedor-consumidor y que requiere la aplicación de la fórmula del pago por terceros.

Asimismo, parece oportuno delimitar el significado de la gestión sanitaria pública (y la colaboración con el sector privado) y los límites europeos y nacionales al respecto. El paradigma de esta necesaria contextualización y adaptación de las reglas de la contratación pública son los servicios sanitarios (junto con los sociales y educativos), en tanto se prestan servicios “dirigidos a ciudadanos” y vinculados a prestaciones básicas que forman parte del “núcleo” del Estado social.

Opción validada, sobre la base del principio de solidaridad, por la STJUE de 17 de junio 1997, *Sodemare* (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32).

La Directiva 2014/24, de contratación pública, en su considerando 114, dispone lo siguiente (la negrita es nuestra):

Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. [...]

*Los Estados miembros y los poderes públicos siguen **teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales 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.

La normativa europea **habilita, por tanto, 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 con especial atención a las notas de calidad, profesionalización, solidaridad y cohesión social⁴⁸.

Esto explica que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios⁴⁹. El régimen de acción concertada, como complemento al modelo de asistencia pública en dependencia, es una opción organizativa (como sucede con el sector educativo), que exige la previsión legal expresa que determine el alcance y significado de esta acción concertada, que determine las modalidades de servicios y prestaciones, así como el sistema retributivo (opción adoptada en Aragón por la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, y en Valencia por la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario).

Por supuesto, tal y como se viene realizando, los centros que opten a un modelo de acción concertada deberán **disponer de autorización administrativa e inscripción en el registro oficial de centros y establecimientos correspondiente, y superar un proceso de acreditación sustentado en rigurosos estándares de calidad previamente establecidos** por la Administración competente; asimismo, implica el **cumplimiento de un conjunto de obligaciones de gestión y control fijadas legalmente y desarrolladas reglamentariamente.**

Corresponderá a la Administración competente, dentro de las directrices de planificación, establecer los aspectos básicos a los que deben someterse los conciertos en esta materia, y su alcance. En concreto, el número máximo de centros concertados, la tramitación de la solicitud para acogerse a tal modali-

48 La Comisión de la Unión Europea ha intervenido de forma activa en el fenómeno y establecimiento de un marco jurídico de la colaboración público-privada para la promoción de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, buscando en esta fórmula el menor impacto en las cuentas públicas, así como la participación del sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras y servicios públicos. En el ámbito sanitario esta colaboración, bien diseñada, y siempre desde la lógica del carácter público del modelo, puede aportar mejoras en la prestación del servicio y mayor eficiencia (al no existir ánimo de lucro). En estos casos nos encontramos ante cierta “publicación” de la actividad privada al servicio del interés general.

49. Vid. X. LAZO, “La figura del ‘concierto social’ tras las directivas europeas de contratación pública”, publicado en www.obcp.es.

dad, la duración máxima del concierto y las causas de extinción; las obligaciones de la titularidad del centro concertado y de la Administración; el sometimiento del concierto al derecho administrativo, y, en su caso, las singularidades del régimen del personal adscrito al servicio.

Existirán unas Bases de Acción Concertada que determinarán los derechos y obligaciones derivados de la citada selección, estableciéndose las condiciones técnicas y económicas para la prestación de la concreta actividad concertada. Los centros que accedan al régimen de concertación deberán formalizar con la Administración el correspondiente acuerdo. La elección de centro sanitario privado concertado no implicará en ningún caso un trato menos favorable, ni una desventaja, para los ciudadanos, y deberá respetarse la equivalencia de prestación de la cartera de servicios.

La cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros privados concertados, para hacer efectiva la gratuidad de las prestaciones sanitarias objeto de acción concertada, se establecerá en los presupuestos de las Administraciones correspondientes.

La Directiva 24/2014 habilita asimismo, en cuanto técnica contractual, un tratamiento diferenciado de estas actividades, alejado de una perspectiva económica o de mercado. Así, además del citado considerando 114, en el considerando 6 de la Directiva 2014/24 se advierte que “conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

Esto explica por qué el artículo 77 de la Directiva 24/2014 prevé incluso la **posibilidad de reserva de esos contratos**:

1. Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores estén facultados para reservar a determinadas organizaciones el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud que se contemplan en el artículo 74 y que lleven los códigos CPV 751210000, 751220007, 751230004, 796220000, 796240004, 796250001, 801100008, 803000007, 804200004, 804300007, 805110009, 805200005, 805900006, desde 850000009 hasta 853230009, 925000006, 926000007, 981330004 y 981331108.

2. Las organizaciones a que se refiere el apartado 1 deberán cumplir todas 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 1;*
- b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan*

beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones 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; y

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.

3. La duración máxima del contrato no excederá de tres años.

4. En la convocatoria de licitación se hará referencia al presente artículo.

Es decir, que resulta posible, en contratos de prestaciones directas a ciudadanos en el ámbito sanitario o social, adoptar medidas de licitación más “específicas”, que atiendan a las especialidades expuestas. Y la reserva de contratos es una de ellas.

Pero **existe también la posibilidad de “acuerdos de cooperación directa”**. Sobre esta cuestión interesa recordar la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, *Croce Rossa Italiana y otros* (asunto C-113/13), que ha declarado que “los artículos 49 UE y 56 FUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé que el suministro de 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”.

La Sentencia *Croce Rossa Italiana* resuelve la cuestión prejudicial suscitada por el Consejo de Estado de Italia acerca, en primer lugar, de la compatibilidad con los artículos 49, 56, 105 y 106 TFUE de una norma interna que prevé que el transporte sanitario se adjudique de forma prioritaria a las organizaciones de voluntariado, *Croce Rossa italiana* y otras instituciones o entes públicos autorizados, reembolsándoles los gastos efectivamente soportados; y, en segundo lugar, de la compatibilidad con la normativa europea de contratos públicos de una norma nacional que permite la adjudicación directa del servicio de transporte sanitario, debiéndose considerar oneroso un acuerdo marco que prevea el reembolso no solo de gastos sino incluso de costes

fijos y de carácter duradero. El asunto surge cuando, conforme a lo previsto en la normativa italiana y de la región de Liguria reguladora del servicio nacional de salud y del voluntariado, dicha región celebró un acuerdo marco con varias entidades representativas de organizaciones de voluntariado para la regulación de las relaciones entre las empresas sanitarias y hospitalarias, por un lado, y las organizaciones de voluntariado y la *Croce Rossa* italiana, por otro. Dicho acuerdo marco regional previó la posterior suscripción de convenios de transporte sanitario de urgencia y extrema urgencia, que tuvo efectivamente lugar, con las organizaciones de voluntariado representadas por las entidades firmantes. Disconformes con tal proceder, varias entidades cooperativas interpusieron recurso que dio lugar a las actuaciones judiciales que, tras la inicial sentencia de instancia, llevaron al Consejo de Estado a suscitar la cuestión prejudicial.

El Tribunal de Justicia admite la compatibilidad del acuerdo marco regional y los convenios con las normas europeas antes aludidas. Para ello, parte de la obvia afirmación de que tanto el acuerdo marco como los convenios están incluidos en el ámbito de la Directiva 2004/18/CE, más allá de la circunstancia de que en ellos se prevean, como únicas transferencias financieras a favor de las organizaciones de voluntariado, los reembolsos de costes en que hubiesen incurrido. Debiendo considerarse, por tanto, contratos de servicios, el Tribunal aclara, conforme a la Directiva, el régimen jurídico aplicable, que depende en lo esencial de que sea superior el valor del servicio de transporte o el de los servicios médicos. En el primer caso, siempre que se supere el umbral deberán aplicarse todas las normas de procedimiento de la Directiva, mientras que cuando el valor de los servicios médicos sea superior al del servicio de transporte, o cuando no se supere el umbral, se aplicarán únicamente los artículos 23 y 35.4 de la Directiva, siempre que, circunscritas las actividades de que se trate a un solo Estado, pueda acreditarse un interés transfronterizo cierto que en el caso, a juicio del Tribunal de Justicia, concurre.

Pues bien, sobre tales bases afirma el Tribunal de Justicia que “la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro de la entidad adjudicadora de ese contrato es constitutiva de una diferencia de trato en perjuicio de las empresas que pueden estar interesadas en ese contrato, que están situadas en otro Estado miembro. Si no está justificada por circunstancias objetivas, dicha diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otro Estado miembro, opera principalmente en perjuicio de estas, constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE”. El factor clave, por tanto, es la existencia de esas “circunstancias objetivas” que justifiquen la diferencia de trato entre empresas.

Considera el Tribunal de Justicia que concurren en el caso tales “circunstancias objetivas”, están reguladas legalmente en el ordenamiento interno y efectivamente justifican la apuntada diferencia de trato, dado que, solo tras prever que “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”, la normativa italiana establece que “serán prestados por las propias empresas sanitarias y otras entidades suministradoras públicas o asimiladas empleando sus propios medios y personal”, y “cuando no sea posible, [... por] otras entidades”, en cuyo caso, y aquí surge el régimen jurídico que dio lugar al conflicto, “los servicios de transporte sanitario que se presten en representación del Servicio Regional de Salud deberán ser encomendados, con carácter prioritario, a organizaciones de voluntariado, la Cruz Roja italiana u otra institución u organismo público autorizado, para garantizar que dicho servicio de interés general se presta en condiciones de equilibrio económico en lo que atañe al presupuesto” (artículo 75 ter de la Ley Regional de Liguria 41/2006). Tal preferencia y la adjudicación directa, en las circunstancias del caso analizado, son compatibles con el ordenamiento europeo.

Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, del mismo.

Esta opción ha sido “validada” por la citada STJUE de 28 de enero de 2016, *CASTA* y otros, Asunto C-50/14, al reconocer la posibilidad de adjudicación directa. En este caso hay una serie de principios que deben respetarse para validar 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) si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional (sentencia *Croce Rossa Italiana y otros*, apartado 61).

Asimismo, se establece una importante cautela de ámbito general, y se recuerda que el principio general del derecho de la Unión de prohibición del abuso de derecho, no habilita una aplicación de esa normativa que ampare prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros. Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado solo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal. En cuanto al reembolso de los costes, debe procurarse que no se persiga fin lucrativo alguno, ni siquiera indirecto, al amparo de una actividad de voluntariado, y que el participante pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones (sentencia *Croce Rossa Italiana y otros*, apartado 62).

Admitida así esta posibilidad, el TJUE, en respuesta a la segunda cuestión prejudicial, afirma (de conformidad con la STJUE *Croce Rossa Italiana y otros*, así como con el apartado 67 de la presente sentencia) que, cuando concurren todas las condiciones que a la luz del derecho de la Unión permiten a un Estado miembro prever el recurso a asociaciones de voluntariado, se puede atribuir a estas la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad y sin que resulte necesario realizar una comparación entre los organismos de voluntariado.

Junto a esta opción de reserva de contratos, o de “cooperación directa”, **existe la posibilidad de un procedimiento singular que ponga atención en las propias características del servicio sanitario**. Al hilo de lo expuesto anteriormente, el artículo 76 de la Directiva 2014/24/UE dispone lo siguiente:

1. Los Estados miembros establecerán normas nacionales para la adjudicación de los contratos sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo, a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los poderes económicos. Los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicable, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión.

2. Los Estados miembros velarán porque los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la 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 y la responsabilización de los usuarios y la innovación. Además, los Estados miembros podrán disponer que la elección

del proveedor de servicios se haga sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales.

Es decir, **es posible establecer unas normas “distintas” de contratación pública en el ámbito de los contratos sanitarios a las personas, que pongan el acento en aspectos técnicos y de calidad.** La opción que se adopte, en su diseño concreto, no puede desconocer las peculiaridades de una prestación de indudable trascendencia social, donde los propios matices de la prestación en los últimos años aconsejan una especial atención a cómo se viene desempeñando, y se debe desempeñar, esta actividad. **Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.**

Existe, asimismo, la posibilidad de articular un procedimiento “especial” de contratación, donde podrían tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

a) **La “especial” valoración de la solvencia de las empresas licitadoras.** Parece lógico exigir una solvencia económica y financiera suficiente en una cuantía referida al volumen de negocios en el ámbito de las actividades correspondientes al objeto del contrato, en relación como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles, a determinar en cada caso en el pliego de cláusulas administrativas particulares (cuantía que, a nuestro parecer, nunca debería ser inferior al 75 % del precio anual del contrato o del lote al que se concurre). Muy especialmente, debe prestarse atención a la solvencia técnica (o profesional) acreditada mediante requisitos técnicos de acreditación o estándares de calidad; experiencia previa en la gestión de los servicios objeto del contrato a determinar en cada caso en el pliego de cláusulas administrativas particulares (experiencia cuyo plazo mínimo, según nuestro parecer, nunca debería ser inferior a tres años, y con un importe anual no inferior al 60 % del precio anual del contrato o del lote al que se concurre); disposición de equipo humano profesional en materia de gestión de los servicios licitados, y reinversión de un porcentaje mínimo de los beneficios en la mejora de la gestión de los servicios adjudicados o distribución de beneficios en base a criterios de participación. Y, para evitar un indebido juego empresarial, debería preverse la imposibilidad de subcontratación de la prestación principal, a la vez que podría valorarse la exigencia de autorización previa en subcontratación de prestaciones accesorias, con el fin de preservar la calidad del servicio.

b) La determinación de criterios de adjudicación que pongan en valor la relación calidad/precio. Frente a la idea de criterios economicistas, el propio objeto de la prestación aconseja unos criterios de adjudicación que insistan en la mayor calidad de la prestación. Serían varias las posibilidades. En primer lugar, sobre la ponderación de los distintos criterios deberían tenerse en cuenta los siguientes principios:

1. Ponderación superior de los criterios de valoración mediante un juicio de valor (subjetivos) sobre la ponderación de los criterios evaluables de forma automática (objetivos), y exigencia de un comité de expertos no integrados en el órgano proponente del contrato para la evaluación de los criterios subjetivos.
2. Condicionar la valoración de los criterios objetivos a la obtención de un mínimo (60 %) de puntuación de los criterios subjetivos.

Al margen de los criterios admisibles por la legislación general de contratos, debería fomentarse la utilización de criterios específicos directamente vinculados al objeto del contrato y que pueden conseguir una mejor calidad de la prestación y, por ello, la oferta económicamente más ventajosa. Entre las posibilidades pueden citarse:

- Inclusión, como criterio subjetivo vinculado al objeto del contrato, de un *Plan de Gestión* en el que, más allá de los requisitos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas, se valoren elementos como la determinación de objetivos asistenciales; los medios de control y garantía de la calidad; los instrumentos para favorecer la accesibilidad y la resolución de los servicios; los mecanismos para posibilitar la participación de los profesionales en la gestión; las estrategias de mejora de la gestión y prestación de los servicios; las políticas de coordinación y potenciación del trabajo en red con otros dispositivos asistenciales; los planes para mejorar la respuesta a la demanda no urgente de servicios y resolver situaciones de incremento de la demanda y la atención domiciliaria; los programas de atención a colectivos socialmente vulnerables, y los programas de promoción de la salud, los programas docentes y los programas de investigación e innovación, elementos todos ellos en relación con los servicios objeto del contrato.
- Inclusión, como criterio subjetivo, de mecanismos favorecedores, debidamente documentados y justificados, de la autonomía de gestión de los profesionales.

- Inclusión en los criterios subjetivos de los relativos a calidad de los recursos personales adscritos al contrato, que permitan valorar la mejor idoneidad de los profesionales directivos, la idoneidad del personal en atención a su titulación y especialización, los programas de formación y los sistema de incentivos a los trabajadores por cumplimiento de objetivos.
- Exigencia de incorporar en los **pliegos criterios de valoración relativos a cláusulas sociales, medioambientales (nunca la proximidad de las empresas candidatas o de sus estructuras** de gestión y control al centro de trabajo, pues tal opción ha sido considerada ilegal en la reciente STJUE de 22 de octubre de 2015, de condena al Reino de España, pero sí la subrogación del personal existente), **económicas** (ponderar el compromiso de reinvertir un porcentaje mínimo de beneficios en la mejora de la gestión de los servicios adjudicados, o por encima de este porcentaje mínimo, fijado como criterio de solvencia técnica, en su caso), y **estratégicas** (participación en alianzas estratégicas de proveedores públicos y trabajo en red, siempre que se pueda justificar una mayor calidad del servicio).

c) La necesaria regulación de supuestos de anormalidad en estos contratos.

En estos servicios debe regularse, para garantizar su correcta ejecución, el sistema de anormalidad de ofertas (que debe tener carácter obligatorio e indisponible). A tal efecto se deberán prever fórmulas *ad hoc* que contemplen tanto aspectos de la oferta técnica como de la oferta económica, determinando que es constitutivo de una oferta desproporcionada o anormal el incumplimiento de disposiciones de obligado cumplimiento en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo o costes salariales mínimos por categoría profesional; y requiriendo el desglose de los precios para acreditar la viabilidad de las proposiciones económicas, en su caso.

d) La determinación de condiciones especiales de ejecución.

Además de las medidas sobre interlocución contractual (responsable del contrato), ejecución contractual; inspección, control y ejercicio de la potestad sancionadora, y seguimiento y evaluación de los contratos que deben adoptar deseablemente las entidades adjudicadoras en el ámbito de las facultades que les confiere la Directiva de referencia. En concreto, en estos contratos debe incluirse como condición especial de ejecución tanto la prohibición de “deslocalización” de servicios, que pretenda una precarización laboral, como la fijación de una retribución mínima (que preserve la calidad del servicio y

evite la conflictividad laboral). Posibilidad admitida por la reciente STJUE de 17 de noviembre, *Regio Post* (asunto C-115/14), al considerar legal la obligación, impuesta a los licitadores y a sus subcontratistas en el contexto de la adjudicación de un contrato público, de comprometerse a pagar un salario mínimo al personal que ejecute las prestaciones objeto de ese contrato público. El TJUE afirma que una disposición nacional que establece que todos los licitadores –y sus subcontratistas– deberán comprometerse frente al poder adjudicador a pagar al personal que vaya a ejecutar el contrato público de que se trate un salario mínimo determinado por la ley, debe calificarse de “condición especial en relación con la ejecución del contrato”, referida a “consideraciones de tipo social”, en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18. En consecuencia, declara que dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que 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, mediante una declaración escrita que deberá presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa, y que no se opone a una normativa de una entidad regional de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que prevé la exclusión de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a los licitadores y a sus subcontratistas que se nieguen a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa.

En conclusión, **el derecho europeo de la contratación pública habilita que, en un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, se puedan excepcionar las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, y adjudicar a entidades del tercer sector sin ánimo de lucro que colaboran**, desde una óptica de solidaridad, con los fines públicos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, de esa colaboración.

6

Conclusiones

Como conclusión, puede afirmarse que nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización de la compra pública, como instrumento al servicio de políticas públicas, debe

permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo, y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo. Y en esta lógica, una contratación socialmente responsable es un objetivo ya ineludible que debe formar parte de la idea de la buena administración contractual. Y ello porque la contratación pública debe orientarse a la consolidación de las políticas públicas esenciales, entre las que, obviamente, se encuentra la política social. Así debe entenderse el principio de eficiencia, que incluye la regla de la equidad social.

La visión social de la contratación pública es necesaria (y no meramente caprichosa), pues permite la adecuada consecución de la máxima de calidad/precio en la contratación pública, desplazando una errónea visión economista (el menor precio) del contrato público. Corresponde a las Administraciones Públicas hacer efectivos los estándares constitucionales de los derechos sociales⁵⁰. Estabilidad y calidad del empleo, políticas de inserción social, retribuciones adecuadas, límites a la deslocalización del tejido empresarial, son objetivos claramente vinculados a lo que es la esencia de la contratación pública en el contexto de un Estado social como España (y de la idea de economía circular promovida por las instituciones europeas)⁵¹.

Pero su implementación exige prudencia y, sobre todo, análisis del contrato en concreto y de los objetivos pretendidos. Forzar más de lo debido los instrumentos, existiendo además, como se ha explicado, otras posibilidades, puede ser una actuación contraria a los propios fines pretendidos. Así, con vendrá reflexionar sobre la oportunidad y conveniencia de armar un contrato público con condiciones sociales, ya sea en fase de solvencia, de definición del objeto, como criterio de adjudicación o como condición de ejecución. Y para ello, frente a dogmatismos, debe primar la visión pragmática de conseguir el resultado pretendido, sin forzar la legalidad u optar por una decisión “social” que resulte desproporcionada en atención a otros intereses legítimos en juego. Como bien ha advertido el profesor J PONCE, “la ideología puede tener su papel en la Política (*politics*), pero no lo tiene en la política pública concreta (*policy*) si no supone el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica de gestión”⁵².

50. P. SALA SÁNCHEZ, “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 16, núm. 46, 2014, pp. 11-122.

51. *Vid.* M. A. BERNAL BLAY, “El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos”, en J. PERNAS GARCÍA (COORD.), *Contratación pública estratégica*, ob. cit., pp. 161-186.

52. *Vid.* J. PONCE, “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 40, febrero de 2016, p. 96.

El valor estimado del precio (adecuado al mercado en esa “visión social”), la ponderación del criterio precio (que debe aquilatarse a lo estrictamente necesario para generar tensión competitiva) y la determinación de sistemas que “expulsen” las ofertas anormales por déficit social de su oferta, son elementos clave que deben pensarse y dimensionarse adecuadamente en cada contrato (no lo es, por supuesto, la opción de preferencia en caso de empate en las ofertas, que tiene un marcado carácter residual).

En todo caso, esta estrategia social en la contratación pública no puede servir para poner en cuestión la competencia estatal sobre la legislación laboral (así lo ha advertido el Tribunal Supremo en su sentencia 1154/2016, de 18 de mayo, al declarar ilegal la Norma Foral alavesa 1/2014).

Por supuesto, para esta nueva cultura de la contratación socialmente responsable, resulta necesaria una estrategia que se decante por la necesaria profesionalización y capacitación en aras de promover una nueva “cultura” de la contratación pública, que haga de la misma un instrumento de políticas públicas activas (que supere también la inercia de prácticas clientelares o de validación de proyectos claramente insostenibles, ya desde una perspectiva financiera ya desde la propia lógica de la conveniencia y su sostenibilidad)⁵³. El déficit regulatorio del contenido social de los contratos públicos, ha sido la principal causa del mal funcionamiento de los mismos. Por ello, la visión social del contrato público en su fase de ejecución, como “función de policía en la prestación de los servicios públicos”, puede permitir consolidar la calidad de los mismos y ser la mejor alternativa para resolver las disfunciones actualmente existentes por un desmedido “egoísmo” de las empresas adjudicatarias (lo que puede falsear también la competencia)⁵⁴.

La transposición de las nuevas directivas –junto con otras reformas estructurales en clave de mayor integridad y de una distinta gobernanza pública– debe ser el punto de inflexión necesario para iniciar la transición hacia un nuevo modelo de contratación pública responsable, que impulse un modelo armonizado, “inteligente” y transparente de gestión de los fondos públicos, que permita consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro

53. En este punto resulta de gran interés el trabajo de M. A. SANMARTÍN MORA, “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 407-434. Este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la “profesionalización” de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa. También, E. MALARET, “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, primer semestre 2016, pp. 38 y ss.

54. T. R. FERNÁNDEZ, “León Duguit en España y en español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, p. 44.

modelo social y económico, impulsar la reactivación económica y empresarial, y, por supuesto, legitimar democráticamente nuestro modelo político⁵⁵. La compra pública socialmente responsable debe ser una de las nuevas señas de identidad y de mejora reputacional de las Administraciones Públicas, y elemento clave desde su función de transformación y de liderazgo social.

Zaragoza, junio de 2017

55. Obyiamente la decisión no puede ser meramente política, pues se exige motivación y justificación de la misma desde la perspectiva del derecho a una buena administración. De especial interés son las muy acertadas reflexiones de J. PONCE en su trabajo “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, *REDA*, 175, 2016, pp. 57-84.

