

Beatriz Souza Costa  
José Antonio Moreno Molina  
Roberto Correira da Silva Gomes Caldas  
(Coords.)

# **Desarrollo en Brasil, España y la Unión Europea: hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible**



Ediciones de la Universidad  
de Castilla-La Mancha



**DESARROLLO EN BRASIL, ESPAÑA  
Y LA UNIÓN EUROPEA:  
hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible**



**DESARROLLO EN BRASIL, ESPAÑA  
Y LA UNIÓN EUROPEA:  
hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible**

Beatriz Souza Costa

José António Moreno Molina

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

(Coords.)



Ediciones de la Universidad  
de Castilla-La Mancha

Cuenca, 2021



## Índice

A atuação dos entes subnacionais no processo de integração regional: a paradiplomacia. <i>Carlos Alberto Simões de Tomaz e Renata Mantovani de Lima</i> .....	17
A atuação socio ambiental das empresas transnacionais na ótica dos direitos humanos. <i>Marcelo Benacchio e Renata Mota Maciel Dezem</i> .....	35
Avances hacia el derecho global de la contratación pública. <i>José Antonio Moreno Molina</i> .....	53
Compliance tributario y contratación pública en España. <i>Pedro José Carrasco Parrilla</i>	63
El Constitucionalismo Subnacional en los Estados federales. <i>José Adércio Leite Sampaio</i> .....	93
El plan estatal para el impulso en España de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. <i>Dr. Francisco Puerta Seguido</i> .....	115
La economía circular: hacia el completo desarrollo del crecimiento sostenible en la Unión Europea. <i>Carlos Francisco Molina del Pozo</i> .....	135
L'application du principe de precaution par l'arbitre du mercosur. <i>Liziane Paixão Silva Oliveira</i> .....	147
La protección del patrimonio cultural imaterial in Brasil: la fiesta de la vaquejada. <i>Beatriz Souza Costa</i> .....	159

Los biocarburantes como alternativa energética en el contexto de la Unión Europea y de Brasil. <i>Daniel Amin Ferraz e Isabel Rigo Portocarrero</i> .....	175
O papel dos programas de ação ambiental para o aperfeiçoamento do espaço ambiental comum europeu. <i>Jamile Bergamaschine Mata Diz, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas e Bruna Pirfo Lima Fontes</i> .....	187
O déficit democrático das políticas públicas de combate à biopirataria no Brasil. <i>Rubens Beçak e Guilherme de Siqueira Castro</i> .....	199

# **El plan estatal para el impulso en España de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público**

Dr. Francisco Puerta Seguido<sup>1</sup>

[https://doi.org/10.18239/jornadas\\_2021.28.06](https://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.06)

## **1. LOS ANTECEDENTES DEL PLAN ESTATAL PARA EL IMPULSO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE**

Probablemente muchos de los “operadores jurídicos” que transitan, en una u otra posición, por el mundo del derecho de la contratación pública habrán recibido con alivio la reciente aparición en el Boletín Oficial del Estado de la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, que aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

El Plan viene acompañado, además del compromiso de crear un grupo de trabajo en el seno de la Comisión interministerial<sup>2</sup> para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública que, en “el plazo máximo de seis meses, deberá realizar los trabajos preparatorios necesarios para la adopción por parte del Consejo de Ministros del Acuerdo<sup>3</sup> a que se refiere

1 Universidad de Castilla-La Mancha. Profesor Doctor del área de derecho administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Director académico de la UCLM. Presidente del Jurado Regional de Valoraciones de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

2 La Comisión interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública ha sido creada mediante el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo.

3 En ese acuerdo del Consejo de Ministros o 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 de iniciativa social y a empresas de inserción que cumplan con los requisitos establecidos en su normativa reguladora, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

El Acuerdo de Consejo de Ministros deberá adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de la Ley 9/2017 y, si transcurrido este plazo, no se hubiera adoptado, los órganos de

la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017. Este grupo de trabajo asimismo promoverá la elaboración del Real Decreto que se contempla en el artículo 71.1 letra d) cuarto párrafo de la Ley 9/2017, relativo a la acreditación mediante un sistema alternativo a la declaración responsable del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el artículo 71.1 letra d) primer párrafo de la Ley 9/2017; así como el desarrollo de otros aspectos del Plan, tales como la elaboración y el diseño de planes formativos<sup>4</sup> o propuestas legislativas de desarrollo que promuevan la contratación pública estratégica socialmente responsable.

Los esfuerzos europeos, también nacionales, regionales y locales, no habían sido correspondidos desde la Administración General del Estado con la intensidad que merecían y ha habido que esperar a la aprobación y publicación de este acuerdo del Consejo de Ministros para percibir con claridad la voluntad del Gobierno español de imponer en la contratación del sector público estatal el carácter preceptivo y transversal con el que deben ser incorporados a la actividad contractual los mandatos contenidos en el artículo 1 de la LCSP. Ello no quiere decir que en el ámbito de la Administración General del Estado no se hubiesen promocionado los objetivos de la contratación pública estratégica, debe recordarse aquí que el Gobierno central ya había aprobado medidas de esta naturaleza y con esas finalidades en el Plan extraordinario de inclusión social y lucha contra la pobreza, de 26 de febrero de 2010, introduciendo criterios sociales en la contratación pública y demandando la aprobación de un acuerdo del Consejo de Ministros que avanzara en esta línea. Relevantes resultan también la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas 2012-2020<sup>5</sup>, que insiste en la necesidad de fomentar la incorporación de criterios sociales, ambientales, de derechos humanos y éticos en las licitaciones y adquisiciones públicas vinculados al objeto del contrato, y la asunción del compromiso de “configurar la contratación pública como instrumento de promoción de políticas y prácticas responsables en materia social, laboral, medioambiental y de fomento de la innovación” llevada a cabo en el Programa Nacional de Reformas 2018.

En lo concreto, mediante el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, se creó la Comisión Interministerial<sup>6</sup> para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública y con la finalidad de coordinar las actuaciones de las entidades integrantes del sector público estatal en ese proceso de incorporación de criterios sociales en la contratación.

Algunas Comunidades Autónomas, y Ayuntamientos, con desigual resultado, han desarrollado ya marcos legales en la línea demandada por esta pretensión de incorporar valor social y medioambiental en las relaciones contractuales que ofrecen y conciertan las entidades integrantes del sector público y otros operadores sometidos al derecho público de la contratación.

---

contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI.

4 El Plan pretende, siguiéndose la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión Europea de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública, potenciar la formación de las personas que tramiten expedientes y procedimientos de licitación de contratos, así como de aquéllas que deban realizar el seguimiento y la supervisión de su ejecución.

5 Aprobada el 16 de julio de 2014 por el Pleno del Consejo Estatal de la Responsabilidad Social de las Empresas y el 24 de octubre de ese mismo año por el Consejo de Ministros.

6 En la Comisión, que está adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, están representados todos los Ministerios, el Consejo Nacional de la Discapacidad, la Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector y la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

Tal y como se explicita en la motivación del acuerdo publicado “la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos. Esta sostenibilidad debe ser entendida en su doble vertiente social y medioambiental”.

Debe recordarse aquí que esta declaración de intenciones de la Orden que publica el acuerdo del Consejo de Ministros tiene sólidos antecedentes en el derecho de la Unión Europea y en la actividad de sus Instituciones.

El libro verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea, de 27 de enero de 2011, sugería inequívocamente que las autoridades públicas hiciesen una contribución importante a la realización de los objetivos estratégicos de Europa 2020, utilizando sus recursos para comprar bienes y servicios con un “alto valor social” en términos de promoción de la innovación, respeto del medio ambiente y lucha contra el cambio climático, reducción del consumo energético, mejora del empleo, la salud pública y las condiciones sociales, y promoción de la igualdad mejorando la inclusión de los grupos desfavorecidos, si bien respetando en todo caso el marco jurídico de contratación pública de la Unión Europea, en el que el vínculo con el objeto del contrato es la condición fundamental que debe tenerse en cuenta cuando se introducen en el proceso de contratación pública consideraciones relacionadas con otras políticas.

En ese mismo año la Comisión Europea definía<sup>7</sup> la denominada Contratación Pública Socialmente Responsable (CPSR) como “las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (especialmente de las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas (RSE), a la vez que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y las Directivas de contratación”.

Conviene, en paralelo, adelantar ya la definición que el propio Plan lleva a cabo de la “Contratación pública estratégica socialmente responsable”, que es “aquella que hace referencia al proceso a través del cual los órganos de contratación del sector público estatal contratan obras, suministros o servicios o celebran contratos de concesión de obras o de concesión de servicios tomando en consideración para el diseño de la licitación, la sustanciación del procedimiento correspondiente y durante la ejecución del contrato resultante de este procedimiento, criterios sociales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2017”. Definición que acentúa sin duda alguna la vis expansiva del valor social de la contratación pública y pone de manifiesto la transversalidad de su exigencia, a la que después nos referiremos.

Esos mismos objetivos son invocados hoy en el acuerdo que analizamos, de manera que el punto de partida es el reconocimiento de que la contratación pública es un instrumento útil, de los que más, para luchar contra “los principales males” que amenazan el bienestar de las sociedades europeas, a saber, el desempleo y la precariedad de las relaciones laborales, la desigualdad social, las dificultades de inclusión de los colectivos desfavorecidos, la pobreza y las amenazas medioambientales que ponen en peligro nuestra pretensión de desarrollo sostenible, etc. Tal y

<sup>7</sup> Mediante la publicación titulada *Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, llevada a cabo por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea (2011).

como señala la exposición de motivos de esta Orden “... A través de la contratación pública estratégica socialmente responsable, las autoridades públicas pueden promover oportunidades de empleo, trabajos dignos, inclusión social, accesibilidad, diseño para todos, comercio justo, el cumplimiento de los derechos laborales y sociales de los trabajadores, la más amplia aplicación de las normas sociales, así como compromisos voluntarios más exigentes en el ámbito de la responsabilidad social de las empresas. Estas actuaciones permiten influir en el mercado e incentivar a las empresas a desarrollar una gestión socialmente responsable, por una parte de manera directa mediante los bienes y servicios concretos que se adquieren, e, igualmente, por vía indirecta a través del ejemplo de las Administraciones públicas. Todo ello permite impulsar el avance progresivo de la sociedad por la senda del desarrollo sostenible e integrador”.

Por lo que al derecho de la Unión Europea se refiere, y en el marco de las medidas legislativas amparadas por los objetivos declarados en la Estrategia Europa 2020, debemos destacar las previsiones contenidas en la Directiva<sup>8</sup> general de Contratación Pública que, en su segundo considerando, señala que: “La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020”, como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública... a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes”.

Queda clara la intención del Derecho de la Unión a la hora de concebir la contratación pública como un instrumento estratégico para conseguir, más allá de obras, servicios o suministros necesarios para satisfacer los fines de la Administración y en las condiciones económicamente más ventajosas, una potente herramienta jurídica que, puesta al servicio de los poderes públicos, ha de procurar el desarrollo de políticas que promuevan y protejan valores fundamentales: cohesión social, redistribución de la riqueza, igualdad y justicia.

En esa misma línea señala en su artículo 18.2 el deber de adoptar 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 y los convenios colectivos. Además de este mandato general imperativo, se hace referencia expresa a los aspectos sociales en los motivos de exclusión de contratistas (Art. 57); en la definición del objeto de los contratos (Art. 62); como criterios de adjudicación (Art. 67); y como condición de ejecución (Art. 70).

Esta apuesta decidida desde la Unión por la llamada Contratación Pública Socialmente Responsable es una muestra clara de los avances que se están produciendo en la línea de intentar conseguir que los poderes públicos terminen asumiendo, como obligatoria, la incorporación y promoción de consideraciones o aspectos de tipo social en la contratación del sector público, salvo que se acredite la incompatibilidad con el objeto del contrato<sup>10</sup>.

8 Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. Ha de tenerse en cuenta que las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo ya explicitaban la posibilidad de incorporar aspectos sociales en las especificaciones técnicas, en los criterios de selección y adjudicación y entre las cláusulas de cumplimiento de los contratos.

9 Se establece en la *Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»)*.

10 Véase la exposición de motivos de la Resolución de 19 de octubre, de la Secretaría General de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se dispone la publicación de la Instrucción del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de 18/10/2016, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional.

La nueva legislación europea resuelve con firmeza las dudas generadas en torno a la legalidad de las cláusulas sociales y ha dejado sin coartada a las tesis contrarias a su incorporación al mundo de la contratación pública, exigiendo a nuestras administraciones públicas la utilización de sus operaciones contractuales como eficaces instrumentos de lucha contra la exclusión social, de generación de empleo de calidad, de impulso de la igualdad efectiva de hombres y mujeres y de preservación del medio ambiente.

Por otra parte resulta complicado, a estas alturas del debate, cuestionar las bondades de la Contratación Pública Socialmente Responsable. La incorporación de criterios sociales, éticos y medioambientales a la hora de preparar los contratos públicos, de seleccionar a las empresas licitadoras y contratistas y de ejecutar esos contratos, supone un ejercicio responsable también de las potestades públicas y de la utilización de los recursos públicos, que no pueden ir a parar al patrimonio de empresas que no respetan los derechos de las personas trabajadoras o que incumplen la cuota de reserva laboral de puestos de trabajo para personas discapacitadas, que practican la desigualdad o discriminación de género o que contaminan recursos naturales. La Contratación Pública Socialmente Responsable exige a las administraciones públicas que en sus relaciones contractuales adopten medidas que favorezcan el empleo de calidad, la inserción socio laboral, la igualdad de género y el comercio justo.

Ha de tenerse en cuenta que el volumen de recursos públicos que consume la contratación pública es de primer orden, la contratación pública no es una actividad residual de las entidades integrantes del sector público, sino más bien un ámbito de actuación pública de suma importancia cuantitativa, de manera que la administración pública es el mayor empleador y el más importante consumidor, el primer operador económico, y la contratación se convierte en ese instrumento estratégico idóneo para el desarrollo de las políticas sociales a las que nos hemos referido.

### *1.1. ALGUNAS REFERENCIAS PREVIAS EN EL PROCESO DE IMPLANTACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE.*

En el derecho español la inclusión de cláusulas o aspectos sociales en la contratación pública se llevó a cabo, tímidamente, en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2000 (DA 8ª). La recepción de esos valores se acentuó en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que en su exposición de motivos (IV.3) proponía “acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales”.

Con la operación de refundición normativa llevada a cabo mediante la aprobación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), se contempla, si quiera sea con carácter potestativo, la posibilidad de tener en cuenta aspectos sociales en la contratación, bien sea como condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 118); como criterio de valoración de las ofertas (art 150.1); como preferencia en la adjudicación en igualdad de ofertas a empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro y a entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo (DA 4ª); o bien configurando esa incorporación a modo de reserva de contratos para Centros Especiales de Empleo (DA 5ª).

La nueva LCSP, Ley 9/2017, ha ido, sin duda alguna mucho más allá y ya no habla de la inclusión voluntaria de los criterios sociales o medioambientales, en su exposición de motivos señala que “por primera vez, y para lograr el objetivo de conseguir una mejor relación calidad-precio, se establece la obligación de los órganos de contratación de velar porque el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad,

concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato”.

Por su parte el art. 1.3. LCSP apostilla el carácter imperativo de la contratación socialmente responsable y señala que “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”.

La vocación de la nueva ley aflora también en las Disposiciones generales sobre la contratación del sector público. El artículo 28, con un tono bastante menos imperativo que el utilizado en el 1.3. de ese mismo cuerpo legal, bajo el epígrafe, “Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación”, señala en su apartado segundo que “2. Las entidades del sector público.....valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley”.

Con las finalidades descritas los gobiernos autonómicos han dado un decidido impulso al proceso de Contratación Pública Socialmente responsable. Por ejemplo el Gobierno de Castilla-La Mancha aprobó, con fecha 18 de octubre de 2016, una “Instrucción<sup>11</sup> sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional”. En la exposición de motivos de la Instrucción se explicitaba la conveniencia de dictar la instrucción con la finalidad, por una parte, de establecer criterios homogéneos de actuación entre todos ellos y, por otra, de servir de guía sobre los requisitos legales que deben cumplirse para su inclusión voluntaria y en aquellos que, por su objeto sean susceptibles de ello, de este tipo de cláusulas.

La Instrucción regional declaraba como objetivo principal su propósito de garantizar la incorporación efectiva de cláusulas sociales en los expedientes de contratación<sup>12</sup> incluidos dentro del ámbito de aplicación de la misma, considerando, a efectos de su interpretación y aplicación, que son cláusulas sociales todas aquellas que se incorporen referentes a materias de política social, ética o ambiental como son: la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, el fomento del empleo de personas en situación o riesgo de exclusión social, el fomento de la estabilidad en el empleo, la inserción laboral de personas con discapacidad, la accesibilidad, la seguridad y salud laboral, la formación profesional, el impulso de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en las empresas y la inclusión de requerimientos medioambientales.

11 La Instrucción se aprobó a propuesta de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas. A esta Consejería le corresponde, según lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 82/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y competencias de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, la coordinación en materia de contratación administrativa del sector público regional.

12 La Instrucción será de aplicación a los contratos que celebre la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus Organismos Autónomos y resto de entes y entidades que integran el sector público regional.

Se excluye del ámbito objetivo de aplicación de la Instrucción la contratación de bienes y servicios realizada a través de la adhesión a los sistemas de contratación centralizada de otras Administraciones Públicas, la contratación derivada de acuerdos marco suscritos por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas y los contratos menores.

El acuerdo autonómico se ha malogrado con su anulación mediante la Sentencia 280/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha<sup>13</sup>, dictada en el procedimiento ordinario seguido tras el recurso contencioso-administrativo nº 532/2016, interpuesto por la abogacía del Estado, contra la Instrucción del Consejo de Gobierno de 18 de octubre de 2016, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional. Debe tenerse en cuenta que la ratio decidendi del pronunciamiento judicial no se centra en la naturaleza y finalidades de las cláusulas sociales en el ámbito de la contratación pública sino, básicamente, en el alcance normativo de la Instrucción, en cuya aprobación no se había seguido el procedimiento de elaboración legalmente establecido de esta, en puridad, disposición general y, además, se imponían medidas de carácter social que invadían las competencias estatales en materia social.

En el mismo día y año otra Comunidad Autónoma de nuestro Estado aprobaba un 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; previamente la Comunidad Autónoma de las Illes Balears había probado un Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de abril de 2016, por el que se establecen directrices para la inclusión de cláusulas de carácter social en la contratación de la Administración de y su sector público instrumental; el Gobierno de Canarias, en sesión celebrada el día 19 de septiembre de 2016, adoptó un acuerdo por el que se establecían directrices en la contratación pública de la administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuyo objetivo está vinculado a la adopción de objetivos sociales y medioambientales en el ámbito autonómico; en la Comunidad de Castilla y León se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de la comunidad sobre incorporación de aspectos sociales en la contratación mediante Acuerdo 44/2016, de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León; en Extremadura mediante Acuerdo de Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de 23 de febrero de 2016, se aprueba la Instrucción sobre incorporación de criterios sociales, medioambientales, de promoción de las pymes y de impulso de la sostenibilidad en la contratación pública de la Junta de Extremadura y de las entidades que integran su sector público; etc.

El fenómeno de la contratación pública socialmente responsable ha servido de estímulo también a los operadores locales y son numerosos los acuerdos de Ayuntamientos y Diputaciones adoptados con la finalidad de incorporan valor social y medioambiental a sus relaciones contractuales, valgan como ejemplo, y sin ánimo agotador, la mención de la Norma Foral 11/2014, de 29 de octubre, de incorporación de cláusulas contractuales relativas a la compra pública socialmente responsable en la contratación del sector público foral; la Instrucción 1/2016 relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal; las directrices sobre contratación pública responsable del ayuntamiento de Sevilla; la instrucción para la implantación de la contratación pública sostenible en el ayuntamiento de Gijón/Xixón y sus organismos autónomos; la Instrucción para la contratación socialmente responsable y mediambientalmente sostenible en el Consell Insular de Menorca; la Instrucción sobre inclusión de cláusulas sociales, ambientales, lingüísticas, para la igualdad de mujeres y hombres y derivadas de otras políticas públicas en la contratación del Ayuntamiento de Galdakao y, por último, la Instrucción reguladora relativa a la inclusión en los pliegos de cláusulas de criterios

13 El Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia 1154/2016 de 23 Mayo de 2016, Rec. 1383/2015, ya se había pronunciado sobre la naturaleza, normativa, de este tipo de Instrucciones y sobre la competencia para la inclusión de las cláusulas sociales en los pliegos de la contratación pública.

de adjudicación sociales y medioambientales aprobados por el Ayuntamiento de Toledo en sesión de 26 de junio de 2013.

A pesar de la variedad de normas, acuerdos, instrucciones, directrices que están sirviendo para ejecutar el proceso de implantación de la denominada contratación pública socialmente responsable, este acervo normativo tiene un denominador común que puede resumirse en las siguientes reglas:

- - Se atribuye a los órganos de contratación la determinación de la procedencia de la inclusión de las diferentes cláusulas sociales en los procedimientos de contratación.
- - La inclusión de las cláusulas, como no podía ser de otra manera, se vincula directamente al objeto, la necesidad y la finalidad perseguida, siendo éstos, también, los elementos que determinarán la fase del procedimiento en la que se aplicarán las mismas. Las cláusulas podrán incorporarse en la fase de preparación, en la fase de adjudicación y en la de ejecución del contrato, todo ello de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente en materia de contratos del sector público.
- - Las cláusulas previstas en los acuerdos, instrucciones, directrices no constituyen un *numerus clausus* y son, únicamente, un marco de referencia para que los órganos de contratación incluyan cualesquiera otras cláusulas similares no contempladas en la misma, siempre que su exigencia se efectúe de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente en materia de contratos del sector público y en la propia instrucción.
- - La incorporación de cláusulas sociales y medioambientales en los contratos incluidos en su ámbito de aplicación debe respetar los principios rectores de la normativa de la Unión Europea sobre contratación pública (principios de concurrencia, libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre licitadores) debiendo existir, en todo caso, vinculación entre la cláusula social, o el criterio medioambiental, y el objeto del contrato.
- - Los acuerdos, instrucciones, directrices, pretenden que la Contratación Pública Socialmente Responsable no sea una mera declaración de intenciones y articula el seguimiento y control de su efectividad atribuyendo facultades e imponiendo obligaciones a la propia Administración regional y a los actores inmediatos de la relación contractual, como después veremos.

### *1.2. LA TRANSVERSALIDAD DEL VALOR SOCIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.*

Como ya se ha dicho la exigencia legal dirigida a imponer la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales, de género, de innovación, en la contratación pública exige una decidida apuesta por su incorporación en cualesquiera fases de su desarrollo, esa es la pretensión de la Ley 9/2017 cuando declara su transversalidad en el artículo 1.3. Clarividente resulta la exposición de motivos de este cuerpo legal cuando señala, en su apartado III, que “El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad”.

Esa es también la pretensión del denominado Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable, guiar a los órganos de contratación del sector público estatal en su correcta y adecuada aplicación, dándoles de esta manera el apoyo necesario para que hagan uso de las posibilidades que contempla el nuevo texto legal (la Ley 9/2017), así como impulsar su utilización de manera coordinada, para continuar avanzando de manera efectiva en el reto de lograr una contratación pública socialmente más responsable. El Plan declara como objetivo primordial, el de impulsar la contratación pública estratégica socialmente responsable, fomentando el uso por parte de los órganos de contratación de todas las medidas que prevé la Ley 9/2017 en esta materia, tanto en la redacción de los pliegos, como en la sustanciación del procedimiento de licitación, como en la fase de ejecución del contrato correspondiente.

La voluntad del Plan se explicita en el párrafo, in fine, del apartado 7.9 de la Orden, “en consecuencia los órganos de contratación en los procedimientos de contratación ..... deberán velar en todas sus fases por 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 de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio”.

La transversalidad del valor social de la contratación se explicita en la Disposición adicional cuadragésima séptima de la Ley 9/2017, que referida a los procedimientos de licitación de contratos de concesión de los servicios que figuran en el anexo IV y de contratos de carácter social, sanitario o educativo también del anexo IV, señala que “los órganos de contratación velarán en todas sus fases por 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 de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio”, ello sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley y, entre otras, de las relativas al establecimiento de las prescripciones técnicas, de las condiciones mínimas de solvencia, de los criterios de adjudicación y de las condiciones especiales de ejecución, en las que habrán de tenerse en cuenta, como se expone a continuación, las cláusulas de esta naturaleza con esa misma vocación de incorporarlas siempre que sea posible.

Veamos ahora, en un tratamiento conjunto de la Ley 9/2017 y del Plan, las posibilidades de incorporar valor social a la contratación pública.

## **2. EL IMPACTO DE LAS EXIGENCIAS SOCIALES, MEDIOAMBIENTALES Y DE GÉNERO EN LA DETERMINACIÓN DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR**

En la LCSP es el art. 71 el que regula las Prohibiciones de contratar y señala que “No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Letra a), Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos..... contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores,.....delitos relativos a .....la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente....

- La letra b) del precepto establece “Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia.....de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia

laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto”.

- Letra d), “No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito<sup>14</sup> de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 50 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres”.

- Letra e), “Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140.....

- Apartado 2 del art. 71, letra c), “Haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios”.

Por su parte el art. 57 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, regula los Motivos de exclusión y señala que “Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones:

a) cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio apropiado que se han incumplido obligaciones aplicables en virtud del artículo 18, apartado 2<sup>15</sup>, es decir, 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 motivación del precepto se encuentra en el Considerando 101 que otorga a “los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad...”.

El artículo 71 de la Ley 9/2017 (60.I. del TRLCSP), establece, por tanto, la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas para aquellas empresas que vulneren diversa normativa social, laboral o ambiental. En el ámbito de la CPSR nos interesa destacar tres cuestiones concretas:

14 El art. 71.1.d) señala que “la acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer párrafo de esta letra se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, podrá establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

15 Ese apartado del precepto imponen a los Estados Miembros la obligación, tomarán dice la norma, de adoptar las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen con esas obligaciones.

a) La referencia a la discriminación de las personas con discapacidad como causa de prohibición de contratar. El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, tipifica en el artículo 15.3, como infracción grave: “3. El incumplimiento en materia de integración laboral de minusválidos de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para minusválidos, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional”. Esa reserva implica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que “Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad”.<sup>16</sup>

b) También están incursas en prohibiciones de contratar las personas físicas o jurídicas que cometan infracciones muy graves en materia de igualdad de mujeres y hombres, y a ese efecto la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a través de su Disposición adicional decimocuarta modificó el Real Decreto Legislativo 5/2000 tipificando como tales las siguientes:

- La no elaboración de Planes de Igualdad cuando haya obligación de hacerlo o el incumplimiento de las obligaciones establecidas en ellos conforme al Estatuto de los trabajadores (y trabajadoras) o el convenio colectivo legalmente aplicable.
- La adopción de decisiones unilaterales de la empresa que resulten, directa o indirectamente, discriminatorias por razón de sexo.
- El acoso sexual o por razón de sexo en el trabajo, e incluso por no haber adoptado las medidas necesarias para evitarlo.

c) En tercer lugar conviene recordar, que también estar incursos en prohibición de contratar quienes infringen la legislación medioambiental. El art. 71 de la Ley 9/2017, que ha sustituido la relación de las principales leyes medioambientales por una referencia genérica y omnicomprendensiva “a la normativa vigente” en esta materia.

La operatividad de estas prohibiciones de contratar queda mermada por la necesidad de obtener resoluciones firmes que sancionen las infracciones a las que nos hemos referido, de manera que la impugnación de las mismas en vía administrativa y, eventualmente en la judicial, impedirá la aplicación inmediata de la prohibición de contratar por parte del órgano de contratación actuante.

A ello se añade la imposibilidad de que sea el órgano de contratación el que determine, de oficio, la duración de la prohibición de contratar que vendrá fijada en la sentencia o en la

---

16 El cómputo mencionado se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.

De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83. 2 y 3, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.

2. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia.

Esa misma obligación se establecía ya en el artículo 38.1. de la Ley 13/1982 de 7 de Abril, de Integración Social de los Minusválidos.

resolución administrativa. De no ser así la competencia es atribuida al Ministro de Hacienda y Función Pública<sup>17</sup>, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. Conviene recordar, para concluir esta cuestión que estas prohibiciones producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes la resolución administrativa o la sentencia, en los casos en que aquélla o ésta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición, en el resto de supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente.<sup>18</sup>

El Plan ha reforzado las exigencias de la ley e impone a los órganos de contratación que en los pliegos correspondientes a procedimientos distintos del procedimiento abierto simplificado, y en la declaración responsable ajustada al modelo de documento europeo único de contratación exijan a los candidatos o licitadores la declaración de que no se encuentran incurso en las prohibiciones de contratar a que se refiere el artículo 71.1.d) y el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, que afecta a las personas físicas o jurídicas que hubiesen sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia laboral o social.

Obviamente los pliegos indicarán a los candidatos o licitadores que el órgano de contratación rechazará aquéllas ofertas que no cumplan las obligaciones aplicables en materia social o laboral.

### 3. LA INCLUSIÓN DE CRITERIOS SOCIALES EN LA FASE DE PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS: LA DEFINICIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO

La primera ocasión para integrar aspectos sociales en un contrato público se presenta en el momento de definir el objeto del contrato, el Plan que analizamos señala que “Los órganos de contratación definirán en los pliegos el objeto del contrato teniendo en cuenta las consideracio-

<sup>17</sup> El art. 72.3 de la Ley 9/2017 atribuye “La competencia para fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar, en el caso de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior y cuando no figure en la correspondiente sentencia o resolución, y la competencia para la declaración de la prohibición de contratar en el caso de la letra e) del apartado primero del artículo anterior respecto de la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 82.4 y en el artículo 343, corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, o a los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas en el caso de la letra e) citada.

A efectos de poder dar cumplimiento a lo establecido en el párrafo anterior, el órgano judicial o administrativo del que emane la sentencia o resolución administrativa deberá remitir de oficio testimonio de aquella o copia de esta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sin perjuicio de que por parte de este órgano, de tener conocimiento de su existencia y no habiendo recibido el citado testimonio de la sentencia o copia de la resolución administrativa, pueda solicitarlos al órgano del que emanaron.

En los supuestos previstos en la letra e) del apartado 1 del artículo anterior referido a casos en que se hubiera incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140, o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, y en los supuestos previstos en el apartado segundo del artículo 71, la declaración de la prohibición de contratar corresponderá al órgano de contratación.

<sup>18</sup> El art. 61.bis.2. impone la obligación de inscribir todas las prohibiciones de contratar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito de la prohibición de contratar y del órgano que la haya declarado. A ese efecto “Los órganos de contratación del ámbito de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales situadas en su territorio notificarán la prohibición de contratar a los Registros de Licitadores de las Comunidades Autónomas correspondientes, o si no existieran, al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.

La inscripción de la prohibición de contratar en el Registro de Licitadores correspondiente caducará pasados 3 meses desde que termine su duración, debiendo procederse de oficio a su cancelación en dicho Registro tras el citado plazo”.

nes sociales...”, eligiendo con ello las obras, los materiales, productos o servicios teniendo en cuenta “el impacto social o laboral de dichos materiales, productos o servicios, la accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas, en los términos establecidos en el artículo 125.1, letras a) y b), de la Ley 9/2017”.

Tal y como señala la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos (15 de octubre de 2001), “La primera ocasión de integrar aspectos sociales en un contrato público se presenta en la fase inmediatamente anterior a la aplicación de las Directivas pertinentes, es decir, en el momento de la elección del objeto del contrato o, simplificando, cuando se plantea la pregunta “¿qué deseo construir o comprar como Administración pública? En esta fase los poderes adjudicadores gozan de una buena oportunidad para tener en cuenta los aspectos sociales y escoger un producto o servicio que se corresponda con sus objetivos sociales”.

Si repasamos las previsiones de la derogada Ley de Contratos del Sector Público veremos que hay pocas referencias a la inclusión de cláusulas sociales en la definición del objeto del contrato, partiendo de la posibilidad, amparada en el artículo 25.1<sup>19</sup>, de incluir en los contratos del sector público cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración, el art. 86.1 señalaba que “el objeto de los contratos deberá ser determinado” y el art. 22.1 exigía a los entes, organismos y entidades del sector público celebrar únicamente los contratos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, debiendo determinar con precisión “la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas”, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

El artículo 116<sup>20</sup> del TRLCSP señalaba que corresponde al órgano de contratación aprobar, con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley.

Acorde con el carácter imperativo que la nueva ley ha querido dar a la inclusión de los criterios sociales y medioambientales en la contratación pública, el artículo 35 (Contenido mínimo del contrato) de la ley 9/2017, establece que “Los documentos en los que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deberán incluir, necesariamente, las siguientes menciones:

c) Definición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta en la definición del objeto las consideraciones sociales, ambientales y de innovación”.

El artículo 99 de la LCSP, intitulado el Objeto del contrato, señala que deberá ser determinado y se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se

<sup>19</sup> El art. 34 del proyecto de LCSP se pronuncia en términos idénticos y señala que “En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

<sup>20</sup> Nada nuevo aporta, a nuestros efectos, el artículo 124 del proyecto de LCSP, y dispone que “El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”.

pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que “pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten”.

Sin duda alguna la elaboración de la documentación contractual, en particular los pliegos de prescripciones técnicas, es el momento más adecuado, en la fase de preparación del contrato, para definir las condiciones sociales y ambientales de su objeto, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley. Esa definición la llevará a cabo por el órgano de contratación con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación.<sup>21</sup>

Desarrollando la voluntad legal el art. 126 de la Ley 9/2017 distingue e insiste en esta cuestión, estableciendo unas reglas generales y otras más específicas para que esas exigencias sociales, medioambientales o de género no falseen la competencia o vulneren los principios generales de la contratación pública. Así, se dispone que:

- Las prescripciones técnicas proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.
- Las prescripciones técnicas, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este, podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios.
- Cuando el objeto del contrato esté destinado a ser utilizada por personas físicas, ya sea el público en general o el personal de la Administración Pública contratante, las prescripciones técnicas se redactarán, salvo en casos debidamente justificados, de manera que se tengan en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como los criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, tal y como son definidos estos términos en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.

Sin perjuicio de lo anterior, siempre que existan requisitos de accesibilidad obligatorios adoptados por un acto jurídico de la Unión Europea, las especificaciones técnicas deberán ser definidas por referencia a esas normas en lo que respecta a los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios.

– Siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

Este es el momento adecuado, por tanto, para definir las prescripciones técnicas del contrato “teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos y, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando criterios de

<sup>21</sup> Ha de tenerse en cuenta que, según dispone el artículo 124, esos Pliegos de prescripciones técnicas particulares solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.

sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

El Plan contempla con esa finalidad la posibilidad de que en los contratos de obras, de suministro o de servicios, se tengan en cuenta las especificaciones técnicas<sup>22</sup> en las que se definan las características requeridas de un material, producto o servicio, incluido el impacto social o laboral de dichos materiales, productos o servicios, la accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas, en los términos establecidos en el artículo 125.1, letras a) y b) de la Ley 9/2017.

#### **4. EL IMPACTO DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA DETERMINACIÓN DE LA SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL PARA CONTRATAR**

Como ya se sabe la legislación de contratos públicos exige la solvencia técnica o profesional como un requisito necesario que deben poseer las empresas para ser admitidas en el procedimiento de licitación y que tiene como finalidad la de garantizar una adecuada ejecución posterior de la prestación contractual.

Se puede exigir, por ello, que las empresas licitadoras acrediten una experiencia, formación y trayectoria en materia social o ambiental, que pueda constituir un criterio de solvencia técnica que determine su admisión o exclusión en el procedimiento de licitación pública. Una vez más conviene recordar que, no obstante, no sería admisible exigir en los contratos públicos una solvencia técnica, basada en criterios o exigencias sociales o ambientales, con independencia de sus características y contenido de las prestaciones, esa posible desvinculación del objeto contractual podría constituir una clara vulneración de los principios generales de la contratación, de igualdad, no discriminación y libre concurrencia.

Es por ello necesario circunscribir estas exigencias de solvencia social o ambiental a contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter social, asistencial o medioambiental, en los que dicha capacitación o experiencia resulte fundamental para la correcta prestación contractual y siempre que esa exigencia de solvencia sea proporcionada y justificada conforme a la naturaleza, el objeto y el contenido del contrato.

La Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea del año 2001<sup>23</sup> hace referencia a la “Integración de aspectos sociales al comprobar la capacidad técnica de los candidatos o licitadores” y señala que “Si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social, es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos”.

La nueva Ley 9/2017 contiene pocas previsiones al respecto. Su exposición de motivos señala que “En el ámbito medioambiental, se exigen certificados de gestión medioambiental a las empresas licitadoras, como condición de solvencia técnica, esto es, para acreditar la experiencia o el «buen hacer» de esa empresa en el ámbito de la protección del medio ambiente”. La regla que desarrolla esta motivación se encuentra en el artículo 94, que “en los contratos sujetos a una

<sup>22</sup> La misma orden señala que las prescripciones técnicas pueden referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este.

<sup>23</sup> Véase el epígrafe 1.3.2. “Integración de aspectos sociales al comprobar la capacidad técnica de los candidatos o licitadores” de la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea del año 2001, de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos.

regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el licitador cumple determinadas normas de gestión medioambiental, harán referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la Unión Europea, o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos de conformidad con el artículo 45 del Reglamento (CE) n.º 1221/2009, de 25 de noviembre de 2009, o a otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados”. Completa el régimen jurídico un segundo apartado que impone a los órganos de contratación la obligación de reconocer “los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presente el licitador, y, en particular, una descripción de las medidas de gestión medioambiental ejecutadas, siempre que el licitador demuestre que dichas medidas son equivalentes a las exigidas con arreglo al sistema o norma de gestión medioambiental aplicable”.

El TRLCSP exigía la acreditación de la solvencia técnica en los contratos de obra por importe inferior a 500.000 euros, y en los demás contratos, imponiendo la obligación de indicar en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato los requisitos específicos de solvencia exigidos, atendiendo a la naturaleza, objeto y valor estimado del contrato. Correspondía, por tanto, al órgano de contratación, tal y como señalaba el art. 62.1. del TRLCSP, la elección de medios de prueba que la legislación regulaba con esa finalidad en los artículos 76 a 79: trabajos realizados en los últimos años; personal técnico del que se dispone para la ejecución; descripción de instalaciones técnicas; titulaciones académicas del empresario, de los directivos y responsables del contrato; certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad; declaración sobre la plantilla media anual de la empresa, etc.

La solicitud de certificaciones ambientales, aparecían reguladas en el artículo 81 del TRLCSP (Acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental), que facultaba a los *órganos de contratación para exigir, “en los contratos sujetos a una regulación armonizada, la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de gestión medioambiental. Con tal finalidad se podrán remitir al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación”*.

Más allá de estas previsiones generales, para los contratos de obra y servicios en el artículo 76.d) y 78.f) del TRLCSP, se hacía referencia a la posibilidad, en los casos adecuados, de “indicar las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato”.

Este régimen jurídico se mantiene con la nueva ley y “la solvencia económica y financiera y técnica o profesional para un contrato se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la presente Ley”. El artículo 86 permite, no obstante, para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, que el órgano de contratación admita de forma justificada otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 87 a 91. Incluso, cuando por una razón válida el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.

El Plan estatal para el impulso de la contratación pública socialmente responsable contiene también pocas previsiones en lo que a la determinación de la solvencia técnica o profesional se refiere y desarrolla el artículo 90 de la LCSP señalando que “Cuando el objeto del contrato requiera de aptitudes específicas en materia social, de prestación de servicios de proximidad u otras análogas, en todo caso se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios en las referidas materias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 90.3 de la Ley 9/2017”.

Con una clara intención el Plan libera de la obligación de constituir la garantía definitiva, circunstancia que habrá de indicarse por los órganos de contratación en los pliegos correspondientes a licitaciones de contratos de suministros y de servicios, a los licitadores que resulten propuestos adjudicatarios de aquéllos contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social, salvo excepciones que habrán de justificar convenientemente en el expediente; todo ello con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.1 de la Ley 9/2017.

## **5. INCLUSIÓN DE CRITERIOS SOCIALES EN LA FASE DE ADJUDICACIÓN**

El artículo 150 del TRLCSP habilitaba al órgano de contratación para considerar criterios de adjudicación de carácter social en el proceso de selección de la empresa contratista. Así establece que “para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como, entre otros, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar”.

La Ley 9/2017 ha mejorado el marco jurídico de los criterios sociales o medioambientales como criterios de adjudicación. Su regulación, ahora más completa y clara, se encuentra en el artículo 145 (Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato), que contiene una relación de criterios sociales y medioambientales que, vinculados al objeto del contrato, deben ser valorados en la adjudicación del mismo. Señala el precepto que “1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. Señala el precepto que esa mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

La ley impone la utilización de varios criterios, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos:

- Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación. En los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, y en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la disposición adicional cuadragésima octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación. Igualmente, en el caso de los contratos de servicios de seguridad privada deberá aplicarse más de un criterio de adjudicación.

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato que podrán ser, entre otros, los siguientes:

1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.

Las características medioambientales podrán referirse, entre otras:

- a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero;
- al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato;
- y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades:

- al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social;
- la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción;
- los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres;
- el fomento de la contratación femenina;
- la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales;
- la estabilidad en el empleo;
- la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato;
- la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo;
- la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual;
- los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

Esta cuestión ha sido especialmente conflictiva y con relativa frecuencia hemos estudiado planteamientos contrarios a la inclusión de cláusulas sociales como criterios de adjudicación, esta fue la tesis, por ejemplo del Informe 53/2008, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

A nuestro juicio el estado actual de la cuestión permite justificar la obligación y no facultad de incluir, a criterio del órgano de contratación y ajustándose a las reglas generales que ya hemos expuesto, cláusulas sociales como criterios de adjudicación. El artículo 1.3<sup>24</sup> de la nueva LCSP no deja lugar a dudas acerca del carácter imperativo de esa inclusión de criterios sociales y medioambientales en la contratación pública.

24 Ese carácter imperativo se deduce sin esfuerzo interpretativo alguno de la redacción del precepto. En él se dispone que “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”.

La previsión legal que impone la inclusión de criterios sociales cuenta con el respaldo del propio TS. Como ha señalado el Tribunal, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, en Sentencia de 17 de julio de 2012, recurso 5377/2009<sup>25</sup>, en un supuesto en el que valoró la introducción de un criterio de adjudicación relacionado con la igualdad de mujeres y hombres, “los preceptos referidos, deben ser interpretados literal y teleológicamente, por ello en el ámbito contractual administrativo, carecería de sentido realizar una diferenciación entre fases de licitación, adjudicación o ejecución. Lo que se pretende es primar en un grado razonable a aquellos contratistas que hayan incorporado a su plantilla a mujeres.

En consecuencia se sigue el criterio de adjudicación no a la mejor oferta económica sino a la más ventajosa para los intereses generales, determinando el Legislador que dentro de los mismos cabe primar a empresas que en su plantilla existan mujeres desempeñando funciones laborales.

La tesis del recurso comportaría admitir una contradicción... la posibilidad de aplicar las medidas de igualdad tan sólo a que las establecieran como medidas de ejecución del contrato... Esa contradicción resulta inadmisibles y la forma de eludirla es interpretar ese artículo 32 de la LOI en estos términos: que la aplicación de medidas de igualdad como condición de ejecución es una de las posibilidades existentes para la implantación de tales medidas y no la única”.

La ley 9/2017 ha simplificado los criterios de desempate y ha establecido un claro orden de prelación entre las proposiciones que puedan empatar con la más ventajosa tras la valoración de los diferentes criterios de adjudicación.

El artículo 147 de este cuerpo legal establece los siguientes criterios de desempate en la adjudicación de los contratos:

“2. En defecto de la previsión en los pliegos a la que se refiere el apartado anterior, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:

- a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.
- b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.
- c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.
- d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.

Como regla de cierre del modelo, y en el mismo sentido apuntado por la LCSP, el Plan Estatal recuerda la necesidad de formular los criterios de adjudicación incorporando consideraciones cualitativas que incluyan alguna o algunas de las características sociales del contrato que se refieren a las siguientes finalidades: “el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción socio laboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen

<sup>25</sup> El recurso lo interpuso la Confederación Nacional de la Construcción por considerar que era improcedente la inclusión de un criterio de adjudicación denominado «de igualdad», que otorgaba hasta un máximo de 5 puntos -sobre un total de 100- al licitador con mayor porcentaje de personal femenino fijo en la plantilla. El TSJ de Extremadura consideró ajustado a derecho ese criterio y la Confederación recurrió en casación que fue desestimada por el Supremo.