

EL TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA NORMATIVA REGULADORA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. SU CONSIDERACIÓN COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Gloria Zúñiga Rial

Asesora de la Vicepresidencia da Igualdade
e do Benestar de la Xunta de Galicia

Resumen

En el marco del Estado social de derecho, los poderes públicos tienen encomendado, por mandato del propio texto constitucional, el desarrollo de políticas sociales orientadas a la consecución de la igualdad efectiva entre los ciudadanos, a la corrección de situaciones de necesidad y a la implementación de medidas orientadas al pleno empleo. A estos efectos, los diferentes sistemas de contratación pública se configuran como un instrumento idóneo para incidir, de forma positiva, en el desarrollo de las políticas sociales por parte de los poderes públicos, mediante la introducción, en los procedimientos de contratación, de cláusulas de contenido social que favorezcan la adopción de medidas de responsabilidad social por parte de las empresas. En consecuencia, en el presente trabajo se aborda un análisis sobre el tratamiento que el nuevo marco regulador de la contratación pública dispensa a las cláusulas de contenido social en las diferentes fases del procedimiento contractual y, en especial, sobre su consideración como criterios de valoración de las ofertas presentadas por los licitadores.

Palabras clave: Contratación pública. Cláusulas sociales. Concurso. Criterios de valoración de las ofertas. Oferta económicamente más ventajosa.

Abstract

In the framework of the Social State of right, public authorities have to develop social policies which aim the effective equality between citizens, combat disparities and implement measures to achieve full employment. To this end, the different systems of government procurement are pointed as a suitable tool to promote the development

of social policies through the introduction of social clauses in these procedures which encourage companies to adopt some measures of social responsibility. Consequently, the present work analyses the treatment of social clauses by the new legal government procurement framework in the different phases of the contractual procedure and, especially, their consideration as contract award criteria of tenders.

Key words: Government procurement. Social clauses. Design Contest. Contract award criteria. Tender most economically advantaged.

Introducción

La Constitución Española recoge, en el apartado segundo de su artículo 9, un mandato genérico dirigido a la totalidad de poderes públicos en el sentido de promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social; mandato que viene a recoger, en similares términos, y respecto de los poderes públicos gallegos, el artículo 4 del Estatuto de Autonomía de Galicia, aprobado por Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril.

Este precepto, fiel reflejo de la dimensión social del Estado de derecho, no sólo habilita, sino que impone a los poderes públicos el desarrollo de actuaciones en favor de la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos.

En esta línea, existen otros preceptos en nuestro texto constitucional que exigen a los poderes públicos la implementación de medidas tendentes a la corrección de las situaciones de necesidad y al desarrollo de políticas orientadas al pleno empleo. Así, el artículo 40 de la CE establece que *“los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial -continúa el apartado 1 del precepto señalado- realizarán una política orientada al pleno empleo (...)”*. El artículo 41 de la CE determina que *“los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (...)”*. El artículo 49 obliga, por otra parte, a los poderes públicos a realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los

disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que deberán prestar la atención especializada que requieran y amparar, especialmente, para el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos.

La contratación pública, si bien no se configura, ab initio, como un instrumento orientado al desarrollo de medidas sociales, sí alberga una elevada potencialidad transversal que permite incidir en la política económica y particularmente en la política social. Así, y como complemento de las estrategias subvencionales y de incentivos fiscales, la contratación pública puede convertirse en un importante instrumento canalizador de la responsabilidad social en el tejido empresarial.

De hecho, los mercados de contratación pública de la Unión Europea representan más del 16% del PIB total de la UE¹; 1,5 billones de euros de inversión pública que, si bien deben necesariamente reportar a la sociedad importantes beneficios en el sector de las infraestructuras o servicios, deben también coadyuvar a la consecución de un mayor bienestar de los ciudadanos en términos de justicia social.

La contratación pública no sólo es apta para la ejecución de obras, la obtención de servicios o la proporción de suministros; el marco contractual público puede -y debe- proporcionar medios de subsistencia a personas con especiales dificultades de integración laboral, tornándose, de forma —si se quiere— indirecta, en un mecanismo generador de estabilidad en el empleo.

Se hace necesario desterrar pues, como ya se advierte en la más reciente normativa comunitaria en materia de contratación pública, la tradicional concepción de que la oferta económicamente más ventajosa es aquella que resulta más barata en precio, y ello en la medida en que existe una multiplicidad de criterios —algunos de ellos expresamente citados en las normas— orientados a su determinación. Y en este concreto apartado, las proposiciones con un alto índice de compromiso social pudieran resultar económicamente más ventajosas para la Administración en la medida en que

¹ Según los datos de la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea correspondientes al año 2002, la contratación pública en la UE representó el 16,30% de su PIB. En España, las compras públicas representaron, ese mismo año, un 13,02% de su PIB, un 18,42% en el Reino Unido, un 16,62% en Francia y un 17,03% en Alemania.

contribuyesen a la reducción de costes sociales (reducción del abono de prestaciones por desempleo o menor repercusión de las políticas subvencionales).

Las instituciones europeas, con la finalidad de sentar un marco armónico de convivencia con los principios y libertades del derecho contractual europeo (libre circulación de mercancías y libertad de establecimiento y de prestación de servicios en los Estados miembros²), han venido regulando, con diferente intensidad, el tratamiento que puede otorgársele a las cláusulas de contenido social en el marco de los procedimientos de contratación pública sometidos a sus prescripciones. Esta cuestión, sin embargo, ha originado, en los últimos años, una creciente litigiosidad entre los Estados miembros, siendo abundosa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la materia.

El nuevo marco normativo español en materia de contratación pública lo constituye la recientemente aprobada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, regulación que responde a la necesidad de incorporar a nuestro Ordenamiento jurídico la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. A la vista de la redacción de su Exposición de Motivos, parece que la nueva Ley de contratos del sector público viene a dar luz verde a la aplicabilidad de las cláusulas de tipo social en el marco contractual público, previendo incluso —a diferencia de la normativa precedente— su operatividad como verdaderos criterios de valoración de las ofertas. En efecto, el punto 3 del apartado IV de la parte expositiva establece que *“incorporando en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva 2004/18/CE, la Ley de Contratos del Sector Público incluye sustanciales innovaciones en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los*

² Considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios: *“La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia (...)”*.

negocios sujetos a la misma. Sintéticamente expuestas, las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales (...)".

Esta genérica previsión viene a materializarse en diferentes preceptos de la norma (entre ellos en los artículos 102, 134 y en la Disposición Adicional sexta) y cuya regulación, si bien supone un considerable avance con respecto a la normativa precedente, presenta numerosas sombras a la hora de determinar su aplicabilidad práctica.

Las cláusulas sociales en el procedimiento de contratación

En el marco del procedimiento de contratación existen diferentes fases en las que resultaría posible introducir consideraciones de tipo social al objeto de determinar la oferta que resulte más ventajosa para la satisfacción del interés público que la propia contratación persigue. Así, y a estos efectos, las fases de selección, adjudicación y ejecución del contrato se configuran como tres etapas procedimentales idóneas.

Se trata pues de analizar las diferentes posibilidades que la normativa reguladora de la contratación pública ofrece para impulsar, desde su concreto ámbito de operatividad, el desarrollo e implementación de verdaderas medidas de política social.

En primer lugar, conviene señalar que, a la hora de proceder a la definición del objeto o características del contrato, el órgano de contratación puede igualmente contribuir de forma positiva a la consecución de objetivos sociales. Consciente de esta potencialidad, la propia Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, viene a imponer a los órganos de contratación de los diferentes entes integrantes del Sector Público la necesaria observancia de determinadas reglas de contenido social y medioambiental a la hora de proceder al establecimiento de las prescripciones técnicas reguladoras de los correspondientes contratos. Así, en su artículo 101, la LCSP establece que "1.- *Las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la*

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, 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. De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia”.

Si bien es cierto que el precepto transcrito circunscribe el cumplimiento de tales previsiones a aquellos supuestos en los que tal circunstancia *fuese posible*, el párrafo segundo del artículo 101.1 exige motivación suficiente en el supuesto de inobservancia, en el correspondiente pliego, de los requerimientos técnicos derivados de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

En lo que respecta a la fase de selección o admisión de los diferentes licitadores al procedimiento de contratación, el artículo 49 de la LCSP prohíbe contratar con el sector público³ a las personas naturales o jurídicas que hayan 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 por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (...). El contenido de este precepto, desde el punto de vista social, es más comprometido que su homólogo en el ya derogado Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 20), al obviar éste las infracciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares reguladores de los diferentes procedimientos de contratación pueden igualmente establecer

³ Ver a estos efectos la definición de Sector Público contenida en el artículo 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

condiciones especiales en la ejecución de los correspondientes contratos, buscando, de este modo, la colaboración del adjudicatario en la consecución de determinados objetivos de impacto medioambiental o social.

Sobre este aspecto ya se pronunció la Comisión Europea en Comunicación Interpretativa de fecha 15 de octubre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos. En la citada Comunicación, la Comisión viene a establecer que *“es ante todo en la fase de ejecución, es decir, una vez adjudicado, cuando un contrato público puede constituir para los poderes adjudicadores un medio de fomentar la persecución de objetivos sociales. En efecto, éstos pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del contrato que sean compatibles con el Derecho Comunitario. Estas cláusulas pueden englobar medidas a favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo (...). A modo de ejemplo –continúa la Comisión- una cláusula por la que se exija que el adjudicatario emplee a un número o un porcentaje determinado de desempleados de larga duración o jóvenes aprendices, sin exigir que los desempleados o aprendices pertenezcan a una región dada o dependan de un organismo nacional, con vistas a la ejecución de un contrato de obras, no constituye a priori una discriminación contra los licitadores de los demás Estados miembros (...).”*

La propia Comisión llega incluso a establecer una enumeración de las posibles cláusulas contractuales que podrían emplearse al objeto de determinar la forma de ejecución del contrato. Así, *“la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación; la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica; cuando se trate de un contrato de servicios, puede consistir, por ejemplo, en instaurar una política de promoción de la diversidad étnica y racial en el lugar de trabajo, lo que se refleja en una serie de instrucciones dadas a los responsables de la selección de personal, de los ascensos o de la formación del personal; asimismo, el contratista puede designar a un responsable encargado de instaurar una política de este tipo en el lugar de trabajo; la obligación de respetar, en lo esencial, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstas no se*

hayan incorporado ya al ordenamiento nacional; la obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo (...)”.

En todo caso, la Comisión se cuida de establecer que tales cláusulas o condiciones de ejecución deberán atenerse al Derecho Comunitario y, en particular, no tener un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de otros Estados, debiendo igualmente, y en aras del necesario cumplimiento del principio de transparencia, ser objeto de mención expresa en el anuncio del contrato, a fin de que los candidatos o licitadores tengan conocimiento de ellas.

Tales previsiones fueron posteriormente recogidas en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. En efecto, en su Considerando 33, la referida norma comunitaria determina que *“las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la presente Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo, se pueden citar, entre otras, las obligaciones –aplicables a la ejecución del contrato- de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional”*.

La LCSP, haciéndose eco de las directrices fijadas por la Directiva 2004/18/CE, incluye en su articulado determinados preceptos que vienen a consolidar definitivamente la posibilidad de emplear cláusulas contractuales de corte social, posibilitando de este modo la orientación de la actuación del adjudicatario hacia la consecución de objetivos de tal naturaleza.

En esta línea, el artículo 102 de la LCSP habilita a los órganos de contratación de los entes integrantes del sector público para el establecimiento de condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato. En todo caso, y por prescripción de la normativa comunitaria antes citada, tales condiciones habrán de ser compatibles con el derecho comunitario, debiendo indicarse en el anuncio de licitación y en el correspondiente pliego o en el contrato. En lo que a esta materia concierne, el referido precepto determina que tales condiciones de ejecución *“podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo”*.

Nótese que el artículo analizado simplemente faculta, y no obliga, a los correspondientes órganos de contratación para el establecimiento de cláusulas contractuales de esta naturaleza. No obstante, nada impide que la propia Administración o ente público de que se trate, mediante norma o instrucción interna, imponga una obligación en tal sentido a los órganos de contratación de las diferentes unidades administrativas. Especialmente indicativa en este sentido es la previsión establecida en el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación.

Dicha norma es una clara manifestación de las potencialidades que el sistema de contratación pública posee para la dinamización de la economía y la generación de empleo, objetivos prioritarios en contextos de crisis económica como el que nos encontramos.

A través del citado Real Decreto-Ley se ha venido a aprobar por el Gobierno la creación de un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo

Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo, mediante la aprobación de créditos extraordinarios por valor de 11.000 millones de euros con cargo al presupuesto de 2008. Con la creación del fondo Estatal de Inversión Local, dotado con 8.000 millones de euros, y cuyo objeto es aumentar la inversión pública en el ámbito local mediante la financiación de obras de nueva planificación y ejecución inmediata a comienzos del año 2009, el Gobierno trata de favorecer aquellas inversiones que contribuyan a dinamizar a corto plazo la actividad económica, incidiendo directamente en la creación de empleo. Así, y segundo reza la Exposición de Motivos de la norma citada, la naturaleza de los proyectos objeto de financiación a través de esta medida extraordinaria *“comportará el empleo de trabajadores y la movilización de recursos que, en gran medida, procederán de los excedentes a que ha dado lugar el ajuste tan brusco en el sector de la construcción que nuestra economía está experimentando”*.

Tal previsión, de naturaleza expositiva, tiene su traducción en el artículo 9 de la norma, cuyos apartados 2 y 3 establecen, respectivamente, que *“2.-En los contratos que vayan a financiarse con cargo al Fondo deberá asegurarse, mediante la inclusión de una cláusula estableciendo una condición especial de ejecución de acuerdo con el artículo 102 de la Ley de Contratos del Sector Público, que el nuevo personal que el contratista necesite emplear para la ejecución de las obras se encuentre en situación de desempleo. 3.- Para la adjudicación de los contratos financiados con cargo al Fondo, los Ayuntamientos tomarán en consideración, como criterios de adjudicación para la valoración de las ofertas, indicadores relevantes de la medida en que el contrato de obra contribuirá al fomento del empleo”*.

La regulación contenida en el artículo 102 de la LCSP viene a reforzarse en otros preceptos de la norma; así, el propio artículo 49 de la LCSP determina que el incumplimiento por el contratista de las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en aquel precepto impedirá al empresario contratar con las Administraciones Públicas cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, de conformidad con las disposiciones de desarrollo de la propia Ley y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario. Igualmente, el artículo 196 de la LCSP faculta al órgano de contratación para contemplar en los pliegos o en el documento contractual penalidades en el supuesto de

incumplimiento de los compromisos o condiciones especiales de ejecución del contrato que hubiesen sido establecidas conforme al artículo 102.

El efectivo impacto de tales medidas quedará, en todo caso, en manos de la Administración, particularmente en su capacidad de control y verificación del cumplimiento por el adjudicatario de los compromisos sociales adquiridos con la firma del correspondiente contrato.

La toma en consideración de las cláusulas sociales como criterios de adjudicación del contrato

Si bien la reglamentación contenida en la nueva LCSP sobre la posible introducción de criterios de carácter social en las fases de selección y ejecución del contrato supone un considerable avance con respecto a la normativa precedente, al permitir excluir del procedimiento a los licitadores no comprometidos con los indicadores de política social y/o laboral y al posibilitar la imposición al adjudicatario, en la fase de cumplimiento de un contrato previamente adjudicado, del desarrollo de determinadas medidas de calado social, lo cierto es que ninguna de las facultades contempladas permite influir en la determinación de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración contratante; o dicho de otro modo, ninguna de las previsiones analizadas tiene virtualidad en la fase de valoración de las ofertas presentadas por los licitadores.

El verdadero impulso de la introducción de mecanismos de responsabilidad social en el tejido empresarial pasa por la consideración de este tipo de cláusulas o requerimientos sociales como elementos determinantes en la fase de valoración de las ofertas, junto con otros factores como el precio, la calidad, el valor técnico o el plazo de ejecución o entrega. Así, en la determinación de cuál ha de ser la oferta más adecuada a sus intereses, las administraciones contratantes han de reparar, necesariamente, y por prescripción del propio artículo 103 de la Constitución Española, en todos aquellos aspectos que redunden en la satisfacción del interés general que la propia contratación persigue.

Pues bien, el tratamiento de las cláusulas sociales como criterios objetivos de adjudicación de los contratos administrativos ha sido objeto de una constante evolución normativa, jurisprudencial y doctrinal en el ámbito de la contratación del sector público.

La única previsión normativa contemplada en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, era la contenida en su Disposición Adicional Octava. Así, en su redacción inicial, la referida disposición venía a contemplar una cláusula de desempate a favor de aquellas empresas que tuviesen en su plantilla un número de trabajadores minusválidos⁴ no inferior al previsto en la vigente Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. En efecto, la norma establecía que *“los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación”*. A través de la modificación operada en la referida norma por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, se introduce en la referida disposición un nuevo apartado segundo en el que se establecía que *“en la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto, el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes”*.

La redacción del precepto, con la modificación introducida en el año 1999, se traslada íntegramente a la Disposición Adicional octava del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La nueva LCSP da un paso más en la regulación contenida en los textos normativos precedentes, en la medida en que si bien contempla, en similares

⁴ Por prescripción de la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”.

términos⁵, las previsiones citadas, extiende, en su Disposición Adicional sexta, la preferencia en la adjudicación a las proposiciones presentadas por las empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social (apartado 2) y a las proposiciones presentadas por entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo (apartado 4).

Sin embargo, la operatividad de dichas cláusulas en la fase de valoración de las ofertas presentadas por los eventuales adjudicatarios es prácticamente nula. En efecto, de una lectura detallada del precepto de la LCSP –y de los preceptos homónimos de la LCAP y TRLCAP–, llegamos a la conclusión de que, en la práctica, las cláusulas de preferencia contenidas en el mismo no se configuran como verdaderos criterios objetivos de adjudicación de los correspondientes contratos. Así, las previsiones contenidas en la disposición adicional sexta de la LCSP únicamente operarán, como criterio de desempate, cuando exista coincidencia entre dos o más de las ofertas presentadas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación (en la dicción literal del precepto analizado, *“siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación”*).

Así las cosas, la ventaja de una u otra proposición medida en términos del mayor porcentaje de personas con discapacidad en la plantilla de la empresa, de la condición de empresa dedicada específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, de la condición de entidad sin ánimo de lucro cuya actividad tenga relación directa con el objeto del contrato o de la condición de entidad reconocida como Organización de Comercio Justo, habrá de considerarse una vez exista una

⁵ En su apartado 1, la Disposición Adicional sexta de la LCSP establece: *“1.- Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación. Si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla”*.

coincidencia exacta de puntuaciones tras la concreta valoración de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación (artículos 87 y 86, respectivamente, de la LCAP y del TRLCAP y artículo 134 de la LCSP); hipótesis esta cuya virtualidad práctica, habida cuenta de las fórmulas utilizadas para la valoración porcentual de los criterios de adjudicación establecidos, resulta casi imposible.

En consecuencia, resulta necesario profundizar si las consideraciones de tipo social o ético tienen cabida, en el nuevo marco regulador de la contratación pública, dentro de lo que la norma conceptúa como *criterios objetivos de adjudicación de los contratos públicos*.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, abordaba, en su artículo 87, la regulación de los “*criterios para la adjudicación del concurso*”, disponiendo, en el apartado primero, que “*en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso, se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otras semejantes, de conformidad a los cuales el órgano de contratación acordará aquélla*”⁶.

⁶ Dicho artículo sufre una importante modificación a través de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, modificándose la redacción del inicial apartado 2 del precepto y añadiéndose los apartados 3 y 4.

“Artículo 87. Criterios para la adjudicación del concurso.

1. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes, de conformidad a los cuales el órgano de contratación acordará aquélla.

2. Los criterios a los que se refiere el apartado anterior se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya y podrán concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

3. En los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.

Si bien es cierto que en la enumeración contenida en el precepto transcrito –trasladado en idénticos términos al artículo 86 TRLCAP– no se hace mención de las cláusulas o consideraciones de tipo social, a la vista de su redacción, cabe sostener que la misma no es en modo alguno una lista cerrada, sino simplemente ejemplificativa, como así pone de manifiesto el hecho de que el artículo analizado utilice las expresiones “tales como” u “otras semejantes”. En estos términos se ha pronunciado parte de la doctrina⁷, al considerar que el artículo 86 del TRLCAP (artículo 87 de la LCAP) recoge sólo algunos de los criterios de valoración (precio, fórmula de revisión, plazo de ejecución o entrega, coste de utilización, calidad, rentabilidad, valor técnico, características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuesto, el mantenimiento, la asistencia técnica o el servicio postventa u otros semejantes), no pudiendo considerarse esta lista, en modo alguno, como un *numerus clausus*. La elección de un criterio en defecto de otro/s es una potestad que corresponde al órgano de contratación para lo que goza de amplias facultades, debiendo estar presidida su elección por la satisfacción del interés público que la misma contratación persigue.

Sobre este aspecto ya se pronunciaron el Consejo Económico y Social y el Consejo de Estado con ocasión del procedimiento de tramitación del Anteproyecto de Ley por el que se modificaba la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Entendía el CES, en su Dictamen 5/1998, de 27 de mayo, que en el entonces vigente artículo 87, relativo a los criterios para la adjudicación del concurso, sería preciso incluir una cláusula social que permitiera valorar factores tales como el número de puestos de trabajo en la actividad contratada, la adopción de medidas de

Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, se deberán expresar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.

4. En los supuestos contemplados en el apartado anterior, se estará a lo dispuesto, para las subastas, en el artículo 84 en lo que concierne a la tramitación de las proposiciones y garantía a constituir, sin que las proposiciones de carácter económico que formulen individualmente sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente determinen, puedan ser consideradas a efectos de establecer el precio de referencia para valorar las ofertas económicas e identificar las que deben considerarse como desproporcionadas o temerarias”.

⁷ Antonio Morales Plaza, Enrique Medina Palo, Pablo Crevillén Verdet... (et al.). Comentarios al Texto Refundido de Ley de Contratos de de las Administraciones Públicas. 2ª Edición. Estudios Jurídicos, 10. Boletín Oficial del Estado, Madrid 2006.

seguridad en el trabajo o de protección del medio ambiente o la acreditación de la estabilidad en el empleo. Según el referido Dictamen, *“fines como la promoción del empleo, la seguridad y salud de los trabajadores, la estabilidad en el empleo, la contratación con empresas de economía social, o aspectos medio-ambientales son factores que han de poder ser manejados para evaluar la solvencia y calidad de las ofertas de contratación. Ciertamente, la Ley no debe imponer en todos los pliegos la consecución de tales factores, pero tampoco debe ser un obstáculo para que en cada caso, y por cada Administración, se puedan configurar esos criterios a la hora de confeccionar los criterios de valoración del contratista.*

Si la creación de empleo estable, continúa el CES, es objetivo prioritario en la actuación de los poderes públicos, es claro que aquellas ofertas que supongan un mayor nivel de ocupación han de contar con la posibilidad de una valoración ponderada en los criterios de adjudicación del concurso.

Del mismo modo, tampoco la Ley debe vedar que la Administración pueda considerar como factor a valorar que el adjudicatario cuente con un volumen de plantilla con contrato estable (...).

Por todo ello, la enumeración de criterios que se lleva a efecto en el artículo 87 de la Ley como criterios para la adjudicación del concurso, debería comprender una cláusula social, que pueda ser valorada junto con los demás criterios en el propio pliego: el número de puestos de trabajo en la actividad contratada, la adopción de medidas de seguridad en el trabajo, la condición de empresa de economía social, la adopción de medidas de protección del medio ambiente y la acreditación de determinado nivel de contratación laboral estable en la obra o servicio contratado”.

Por su parte, el Consejo de Estado, en su Dictamen 4464/1998 sobre el citado Anteproyecto de Ley, concluye en que *“no parece que exista inconveniente alguno en establecer nuevos criterios objetivos de adjudicación que permitan tener en cuenta otros factores tales como la estabilidad en el empleo, el carácter indefinido de los contratos laborales o la protección del medio ambiente. Por lo demás, medidas de este tipo ya fueron aprobadas en alguna Comunidad Autónoma. Así, en el reciente Dictamen 3295/1998 y relativo al proyecto de Decreto por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo se ha señalado que:*

(...) la lectura de este artículo –artículo 87 de la Ley 13/1995- hace ver que los criterios que pueden sentarse en los concursos para la adjudicación del contrato son variables y acomodables a cada caso, y además no prohíben que una Comunidad Autónoma que –como la de Madrid- asumiera competencias de desarrollo legislativo en materia de contratos, haga uso, dentro del marco de la legislación básica, de su facultad normativa, como ahora lo hace, sin contravenir las bases de la regulación para todo el Estado, para establecer criterios objetivos de adjudicación de los contratos públicos, como los indicados en el presente proyecto de Decreto. Criterios estos que, por lo demás, no dejan de ser objetivos ni de estar referidos a la oferta económicamente más ventajosa para los intereses públicos, porque una de las posibles manifestaciones de seriedad y fiabilidad de una empresa pueden ser precisamente la estabilidad y calidad de los contratos que ofrece a sus empleados, pudiendo ser un criterio objetivo de adjudicación, (...) para seleccionar al contratista que corresponda, precisamente para proteger los intereses públicos presentes en la oferta más ventajosa, dado que la calidad del empleo ofrecido por una empresa y la cualificación de sus recursos humanos es uno de los factores objetivos que puede influir en la selección del contratista más adecuado”.

En efecto, la aprobación, por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, y la litigiosidad derivada de la misma, marcan un punto de inflexión en la determinación de la naturaleza de las cláusulas sociales como verdaderos criterios de adjudicación de los contratos administrativos, iniciándose un verdadero conflicto interpretativo entre las instituciones estatales y europeas.

El referido Decreto, a través del cual se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo, contempla en su artículo 2 determinados criterios objetivos de adjudicación en relación con el empleo aplicables a los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso.

Así, el referido precepto establece que *“en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso, además de los criterios objetivos que se establezcan conforme a lo previsto en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se incluirán necesariamente uno o varios de los siguientes criterios objetivos relativos al empleo, atendiendo a las características específicas del objeto de cada contrato: a) Estabilidad de la plantilla de la empresa referida al mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato*

indefinido durante el año anterior a la fecha de presentación de la proposición. b) Porcentaje de trabajadores con contrato indefinido en la plantilla de la empresa en el momento de presentación de la proposición, respecto del total de los trabajadores de aquélla. c) Porcentaje de trabajadores de la plantilla de la empresa afectos a la ejecución directa del objeto del contrato. d) Nuevas contrataciones de trabajadores vinculadas a la ejecución del objeto del contrato (...). En su apartado tercero, el artículo 2 establece que a los criterios objetivos de empleo, en su conjunto, se les atribuirá en todo caso una ponderación del 20 por 100 del total de la baremación.

Sobre el particular, la jurisprudencia española y los criterios de las instituciones europeas difieren en exceso. La Comisión Europea sostuvo en sus argumentaciones que el referido precepto infringía las disposiciones de las Directivas Comunitarias que coordinan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, así como las reglas del Tratado CE, fundamentalmente los principios de igualdad de trato y de no discriminación. Así, y segundo se desprende de los fundamentos de Derecho contenidos en la Sentencia 606/2003, de 30 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Recurso núm. 208/1999), la Comisión Europea, en Dictamen motivado de 21 de diciembre de 2001, corregido por el de fecha 8 de febrero de 2002, y en lo referente a las medidas previstas en el referido Decreto encaminadas a apoyar la estabilidad del empleo (artículos 2 y 3), mantiene que tales criterios pueden aceptarse como cláusulas contractuales que imponen condiciones de ejecución de los contratos pero que no pueden servir en ningún caso para evaluar la oferta más ventajosa económicamente y que tales criterios deberían considerarse, en su caso, para apreciar la capacidad técnica de la empresa en la fase de selección de los contratistas, pero no en el momento de determinar la oferta más ventajosa económicamente concluyendo textualmente: *“de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 226 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea: que al prever en el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre (...) que los poderes adjudicadores de la Comunidad Autónoma incluyan en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso uno o varios criterios relativos al empleo, criterios que se evaluarán para determinar la oferta más ventajosa económicamente, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo a las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los*

contratos públicos y, en particular, con arreglo a los artículos 36 de la Directiva 92/50/CEE, 26 de la Directiva 93/36/CEE y 30 de la Directiva 93/37/CEE, modificadas por la directiva 97/52/CEE, así como el artículo 34 de la Directiva 93/38/CEE, modificada por la Directiva 98/04/CE.

El TSJ de Madrid, inadmitiendo el Recurso Contencioso interpuesto por la Asociación de Empresas de la Construcción de Madrid (AECOM) y la Confederación Nacional de la Construcción contra el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre y, en consecuencia, declarando a la referida norma conforme con el ordenamiento jurídico, cuestiona las conclusiones del Dictamen formulado por la Comisión Europea sobre la base de los siguientes fundamentos:

- El artículo 87 de la LCAP constituye legislación básica sobre contratos administrativos de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final 11 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, pero no cabe dudar de que la enumeración de criterios no es exhaustiva ni constituye un “*numerus clausus*”, por lo que no puede negarse a la CAM competencia para su desarrollo normativo de conformidad con las competencias de desarrollo legislativo en materia de contratos asumidas en virtud de la LO 5/98, de 7 de julio.
- Los criterios establecidos en el artículo 2 del Decreto impugnado ofrecen una doble vertiente: *por una parte ciertamente son reflejo de las características de la empresa y concretamente de la composición de su plantilla, pero por otra no cabe dudar de su incidencia en los aspectos objetivos relativos a la adjudicación del contrato. Así, la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia a que alude la actora que tienen una base personal relevante, y en definitiva pueden perfectamente ser valorados por la Administración a la hora de determinar la oferta más ventajosa para los intereses públicos y no exclusivamente por constituir una manifestación o instrumento del cumplimiento de objetivos sociales o de empleo asumidos y fomentados por la Administración. Ha de entenderse por ello, que una determinada estabilidad de la plantilla de una empresa valorada mediante una ponderación prudente de la baremación total de una oferta, no puede calificarse como criterio ajeno a los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación de un contrato ni ser calificado de invalorable o susceptible de aplicación arbitraria”.*

En apoyo de su argumentación, el Tribunal procede a un exhaustivo análisis de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *teniendo en consideración*, según reza la sentencia, *que el mismo ostenta el monopolio de la interpretación auténtica del Derecho Comunitario*.

Señala la Sentencia comentada que *“al respecto son dos las resoluciones del Tribunal que han de tomarse en consideración: la Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 1988 (asunto Beentjes 31/1987) y la STJE de 26 de septiembre de 2000 (asunto Construcción de edificios escolares en la región Nord-Pas-de-Calais 225/98)*.

En la primera de ellas viene a concluirse que:

- *El criterio de la “oferta más aceptable”, tal como se establece en una disposición de la legislación nacional, puede ser compatible con la directiva si expresa la facultad de apreciación reconocida a los poderes adjudicadores (léase órgano de contratación) para identificar la oferta más ventajosa económicamente en función de criterios objetivos y si, por lo tanto, no implica ningún elemento arbitrario de selección. Resulta de los apartados 1 y 2 del artículo 29 de la Directiva que, cuando los poderes adjudicadores no utilizan como único criterio el precio más bajo, sino que se basan en diversos criterios para adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa económicamente, están obligados a mencionar tales criterios bien en el anuncio del contrato, bien en el pliego de condiciones.*
- *La condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la Directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad. Esta condición específica adicional debe obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato.*

En la segunda de las mencionadas sentencias se establece que:

- *De conformidad con el artículo 30, apartado 1 de la Directiva 93/37, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, los criterios en los que ha de basarse el órgano de contratación para la adjudicación de los contratos son bien únicamente el precio más bajo, bien en el caso de que la adjudicación se efectúe a la oferta económicamente más ventajosa, distintos criterios que varían en función del contrato, como el precio,*

el plazo de ejecución, el coste de utilización, la rentabilidad y el valor técnico. En este último supuesto, los órganos de contratación están obligados a mencionar estos criterios bien en el anuncio de licitación, bien en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

No obstante, esta disposición 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 libre prestación de servicios.

Además, aun cuando tal criterio no sea en si mismo incompatible con la Directiva 93/37, su aplicación debe respetar todas las normas de procedimiento de la referida Directiva y especialmente, las normas de publicidad que contiene. Se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de maniobrase expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición”.

Tras este análisis de la jurisprudencia comunitaria, el TSJ de Madrid concluye en que la interpretación que de ambas resoluciones efectúan la parte actora y el Dictamen de la Comisión *no puede ser compartida por esta sección, puesto que de su tenor literal se desprende claramente que un criterio relacionado con la lucha contra el desempleo puede establecerse como criterio de adjudicación y no exclusivamente como criterio de selección de empresas*⁸.

⁸ Finalmente, y pese a los pronunciamientos judiciales favorables en cuanto a su adecuación al ordenamiento jurídico, el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, fue modificado a través del Decreto 128/2005, de 15 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, derogándose el citado artículo 2 y los apartados 2, 3 y 4 del artículo 3. En su Exposición de Motivos, el Decreto 128/2005 fundamenta la derogación de los preceptos citados en los siguientes aspectos: “...*La aplicación de los criterios sociales -objeto del referido Decreto- fue objeto de observaciones por la Comisión Europea, que solicitó información el 21 de diciembre de 1998 sobre los criterios utilizados en la adjudicación de diversos contratos de la Comunidad de Madrid.*

La Comisión Europea y la Comunidad de Madrid mantienen diferente interpretación de las directivas comunitarias de coordinación de los procedimientos de adjudicación de la contratación administrativa, respecto de la consideración de los criterios de empleo, que establece el Decreto como criterios de adjudicación.

Sobre la temática de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública existen igualmente numerosos pronunciamientos de las diferentes Juntas Consultivas de Contratación Administrativa. Especialmente indicativo es el Dictamen 1/2003, de 21 de marzo, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana. En el referido Dictamen, el órgano consultivo establece, a propósito de los criterios contenidos en el Decreto 213/1998 de la Comunidad de Madrid, que los mismos son *objetivos y están referidos a la oferta económicamente más ventajosa para los intereses públicos, porque una de las posibles manifestaciones de seriedad y fiabilidad de una empresa puede ser precisamente la estabilidad y calidad de los contratos que ofrece a sus empleados, pudiendo ser un criterio objetivo para la adjudicación, incluso más fiable que otros señalados en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para seleccionar —siempre haciendo uso de una ponderación razonable del criterio— al contratista que corresponda, precisamente para proteger los intereses públicos presentes en la selección de la oferta más ventajosa, dado que la calidad del empleo ofrecido por una empresa y la cualificación de sus recursos humanos, es uno de los factores objetivos que puede influir en la selección del contratista más adecuado*”.

En el mismo Dictamen, la Junta Superior de Contratación Administrativa reproduce algunas de las consideraciones efectuadas por la Sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy AB, extrayendo, del examen de la referida Sentencia, las siguientes conclusiones:

La posición de dicha Comisión sobre la materia se manifiesta en la comunicación interpretativa de 15 de octubre de 2001, sobre legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales, así como en el dictamen motivado dirigido a la Comunidad de Madrid, de 8 de febrero de 2002, y en el dictamen motivado complementario de 19 de febrero de 2003.

La Dirección General de Política Regional de la Comisión Europea ha requerido a la Comunidad de Madrid para que, en relación con proyectos cofinanciados con fondos comunitarios, verifique los procedimientos de adjudicación de mercados públicos que pudieran estar afectados a proyectos de gastos certificados y comunicar las actuaciones seguidas.

Estas circunstancias aconsejan que, por motivos de interés general y con la finalidad de conectar las posturas mantenidas, se derogue parcialmente el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, en lo relativo a la inclusión entre los criterios de adjudicación de criterios objetivos relativos al empleo (...)”.

“a) como en las sentencias anteriores el Tribunal reitera que los criterios que puedan adoptarse como criterios para la adjudicación de un contrato público a la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran en las Directivas con carácter exhaustivo.

b) cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa no debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. En efecto, no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora.

c) las entidades adjudicadoras pueden tener en cuenta criterios de adjudicación distintos a los enunciados en las Directivas siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio del contrato y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación, el cual no se vulnera por el mero hecho de que sólo unas pocas empresas puedan cumplirlos”.

El citado órgano consultivo advierte ya, tras el análisis de la referida Sentencia, un cambio de postura en la Jurisprudencia comunitaria respecto de los criterios de adjudicación en los concursos, cambio de doctrina que afecta igualmente a la posición mantenida con anterioridad por la propia Comisión.

En la actualidad, la configuración de las cláusulas sociales como criterios objetivos de adjudicación ya es una cuestión asumida, y prueba de ello es la redacción actual del artículo 134 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. La expresa mención de las características vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales entre los *criterios de valoración de las ofertas* supone, sin duda, un considerable avance con respecto a la normativa precedente. No hay duda pues de que las cláusulas sociales podrán ser contempladas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares junto con otros factores como la calidad, el precio o el plazo de ejecución, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a los intereses de la Administración contratante.

No obstante, la sombra del derecho comunitario, y en particular, la necesidad de armonizar su aplicabilidad con los principios y libertades del derecho contractual europeo, han determinado la imposición de ciertos límites a su utilización.

La actual redacción del artículo 134.1 de la LCSP deriva de las consideraciones apuntadas por el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo. Así, la inicial redacción del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público establecía que *“para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la asunción del compromiso de mantener éste invariable como precio cerrado, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, características medioambientales o sociales, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. Cuando sólo se utilice un criterio, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”*. El Consejo de Estado, tras el análisis de la nueva normativa comunitaria en materia de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios (Directiva 2004/18/CE), concluye en que la simple cita de las características sociales, sin mayor aclaración que la relativa a que se entenderán como criterios vinculados al objeto del contrato, genera ciertas dudas sobre su adecuación a la Directiva y, en particular, al contenido de su artículo 53.

Establece el Consejo de Estado que:

- *“como se ha visto, estas características –las características sociales– no son contempladas por el artículo 53 de la directiva como criterios de adjudicación del contrato.*
- *Ciertamente, la propia directiva en sus considerandos hace alguna mención al posible juego de estas características sociales, bien de forma inespecífica (considerando 1), bien precisando que, bajo ciertas condiciones –su determinación dependerá del objeto del contrato y deberán permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva– el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades —definidas en las especificaciones del contrato— propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/ usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato (considerando 46).*
- *En fin, la jurisprudencia comunitaria y las directrices de la Comisión sobre la materia, si bien orientadas hacia una cierta apertura, siguen*

considerando que ciertas condiciones sociales son incompatibles con los objetivos comunitarios —tendientes a evitar el riesgo de discriminación y el relativo a que un poder adjudicador se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico— de modo que sólo se admiten 'siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación'.

Con base a lo expuesto, el Consejo de Estado sugirió un replanteamiento de la mención de las características sociales como criterios de adjudicación en el citado artículo 134, exigiendo una mayor precisión de las condiciones que deberán reunir para poder actuar como tales criterios. En consecuencia, la vigente redacción del referido precepto, además de exigir una directa vinculación con el objeto del contrato, obliga a que las consideraciones de tipo social *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.*

Con estas limitaciones, la operatividad de dichas cláusulas se torna nuevamente escasa, pues obliga a determinar en cada caso dicho tipo de necesidades, haciendo prácticamente inviable su aplicación en aquellos contratos excluidos del marco de acción administrativa social o asistencial.

Conclusiones

En definitiva, los avances normativos producidos en los últimos años no pueden sino calificarse de altamente positivos. Pasamos de una prácticamente ausente mención de los criterios sociales en la normativa reguladora de la contratación administrativa, teniendo que acudir, en consecuencia, a las diferentes interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales para determinar la viabilidad o inviabilidad de su aplicación, a una regulación más comprometida desde el punto de vista social y más clarificadora en lo que se refiere a su utilización en las diferentes fases del procedimiento contractual.

No obstante, a la vista de la regulación contenida en la LCSP, el grado de incidencia de tales criterios en la determinación de la oferta económicamente más ventajosa resultará ciertamente reducido, pues las limitaciones

legales impuestas para su consideración como criterios objetivos de valoración de las ofertas y la escasa operatividad de las cláusulas de preferencia en el actual procedimiento contractual, dificultarán en exceso su efectiva aplicación.

En todo caso, el desarrollo de la actividad contractual en el marco de la nueva LCSP, cuyo período de vigencia resulta todavía muy reducido, y la constante evolución del derecho comunitario, permitirán, sin duda alguna, ahondar en el papel que las cláusulas de contenido social deberán jugar en el ámbito de la contratación pública.