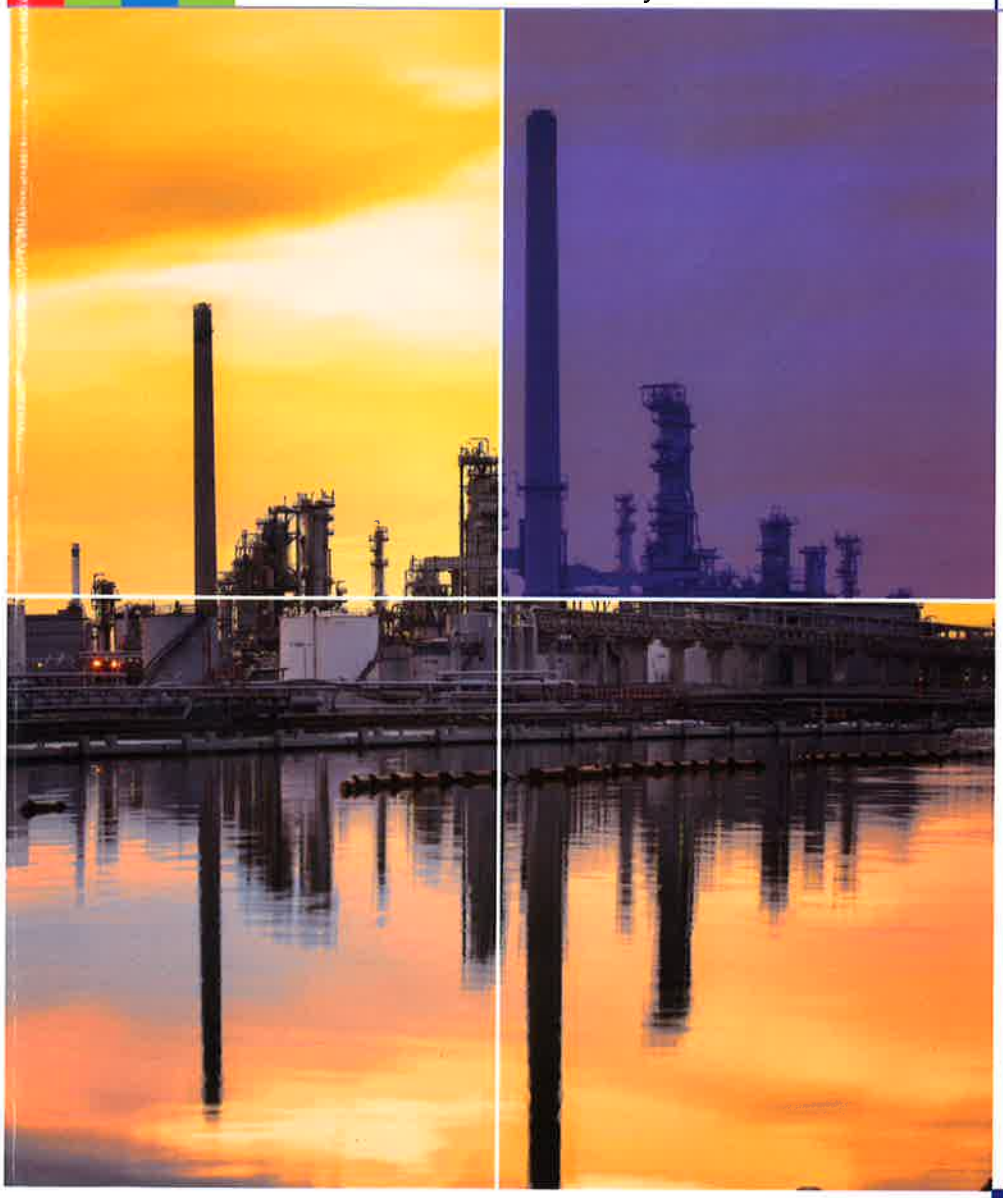
PRÁCTICA contratación administrativa

REVISTA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y DE LOS CONTRATISTAS

Director: *José Antonio Moreno Molina*

NÚM. 155 • AÑO 18 • MAYO-JUNIO DE 2018



- ¿Se pueden cambiar los códigos CPV incluidos en los anuncios de información previa?, *Manuel Peláez*
- Tareas urgentes para la implantación del modelo de contratación de la LCSP, *Concepción Campos*
- Guía práctica de la contratación pública para la PYME: ¿Cómo compra el sector público?
- Un método de valoración de criterios mediante juicios de valor: cuantificación mediante factores de idoneidad, *Alberto Robles*

3652K28345

Wolters Kluwer

Consulte en
http://smarteca.es
la revista en su formato electrónico

Breve estudio sobre la incorporación de cláusulas sociales y medio ambientales en la contratación pública actual

Mateo Juan Gómez
Abogado. Bufete Buades

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN
II. ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y REGULACIÓN ACTUAL
III. LA INCORPORACIÓN DE CRITERIOS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN
1. CRITERIOS DE SELECCIÓN DE LICITADORES
2. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO
3. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO
IV. ESPECIAL MENCIÓN A LAS CLÁUSULAS MEDIO AMBIENTALES
V. BREVE APUNTE SOBRE EL COMERCIO JUSTO
VI. ESPECIAL MENCIÓN A LOS CRITERIOS DE IGUALDAD MATERIAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES
VII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

En la base de la contratación pública se sitúan principios de la talla de la libertad de acceso, igualdad y no discriminación, publicidad, eficiencia económica, la libre competencia, y por supuesto, la búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa[1]. Dentro de este último concepto tiene encaje uno de mucho mayor abaste, cual es el de interés público, que no tiene por qué equipararse necesariamente a un menor precio, concebido desde una perspectiva meramente monetaria. Como destaca GIMENO FELIÚ[2], si bien es cierto que la política de contratación pública está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica, no lo es menos que también lo está a la consecución de objetivos sociales y medioambientales.

Más aún, la contratación pública ostenta un importantísimo valor estratégico para alcanzar tales objetivos. No puede obviarse lo apuntado por ALFREDO RAMOS, y es que «cada vez que una autoridad pública adjudica un contrato está produciendo un impacto en el mercado y en el entorno»[3]. Es oportuno, por ende, medir las consecuencias de tales impactos y ponerlos en relación con la obligación constitucional de toda administración pública de servir con objetividad los intereses generales (art. 103 CE); y los necesarios límites que configuran los principios generales de la contratación, entre los que destaca el de igualdad y no discriminación, que a nivel comunitario emana directamente de los artículos 34 (libre circulación de mercancías) y 56 (libre prestación de servicios) TFUE. Principios que se verían gravemente lesionados por un mal uso de las cláusulas sociales.

En lo que refiere al concepto de cláusula social, la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña[4] lo acota en: «cualquier estipulación que obligue a una empresa adjudicataria de un contrato administrativo a realizar propiamente el objeto contractual —según las prescripciones técnicas definidas en el contrato- y, además, al cumplimiento de determinados objetivos sociales de interés general». Sin embargo, a nuestro parecer, al partir del término «adjudicataria», se restringe innecesariamente su espectro, dejando al margen la aplicación de las mismas como criterios de admisión, de adjudicación o de desempate. Más correcta nos parece la definición de LESMES ZABALEGUI[5]: «la inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social, como requisito previo para participar en la licitación (criterio de admisión), como elemento de valoración (criterio de puntuación) o como obligación a realizar en el contrato (exigencia de ejecución)».

El desarrollo sostenible exige que el crecimiento económico apoye al progreso social y respete el medio

ambiente, que la política social sustente los resultados económicos y que la medioambiental sea rentable[6]. Qué duda cabe que lo anterior precisa de una actitud proactiva de los poderes adjudicadores. En palabras de PEREZ LLORCA «Definir políticas de este tipo desde las administraciones requiere del gestor un gran esfuerzo para alejarse de la rutina, y para no claudicar apriorísticamente, aceptando que "los procesos son lo que son" confundiendo muchas veces control de legalidad con "seguidismo" de lo que siempre se ha hecho»[7]. Para ello tal vez no sea necesario imponer un modelo de cláusulas generales para todas las modalidades de contrato, pues lo principal es que las mismas puedan mantener una coherencia con el objeto del contrato. Tales fórmulas imperativas de criterios sociales y medioambientales pueden reservarse a la legislación sectorial[8].

En la actualidad, la posibilidad de introducir elementos sociales en la contratación pública es indiscutible

En el presente estudio intentaremos exponer una visión general acerca de las cláusulas sociales y medioambientales, y el modo en que las mismas pueden introducirse en las distintas fases de admisión y valoración de las ofertas, o en la ejecución del contrato.

II. ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y REGULACIÓN ACTUAL

El presente estudio prioriza el análisis del marco normativo y jurisprudencial vigente, motivo por el que no nos detendremos de una manera pormenorizada en el camino que históricamente ha conducido a la situación actual, ni en el extenso océano de recomendaciones, instrucciones, estudios e informes que tanto a nivel comunitario, como nacional o plurinacional, han constituido las bases y el impulso primigenio de la instrumentalización de la contratación pública para la consecución de fines sociales y ambientales. Nos limitaremos a dejar apuntados algunos de los hitos principales.

Prescindiendo de otros posibles antecedentes remotos, la doctrina acostumbra a situar en la Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) el comienzo de la regulación de los aspectos sociales en el ámbito de la contratación. Dicha norma introdujo criterios de esta naturaleza en el marco de las prohibiciones para contratar y a modo de criterios de preferencia o desempate. Después de eso cabe citar el Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea (1996), la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidad de integrar aspectos sociales en dichos contratos [COM (2001) 566 final]; o el Sexto Programa de acción en materia de medio ambiente (Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos), elaborado por la Comisión europea y que abarca el período 2001-2010.

FICHA RESUMEN

Autor: Mateo Juan Gómez

Título: Breve estudio sobre la incorporación de cláusulas sociales y medio ambientales en la contratación pública actual

Resumen: En el presente estudio intentaremos exponer una visión general acerca de las cláusulas sociales y medioambientales, y el modo en que las mismas pueden introducirse en las distintas fases de admisión y valoración de las ofertas, o en la ejecución del contrato.

Palabras clave: Contratos públicos; criterios de adjudicación; cláusulas sociales y medio ambientales.

Pero el punto de inflexión vino protagonizado por las directivas comunitarias del Parlamento y del Consejo de 2004 (2004/17 y 2004/18), que plasmaron por primera vez en el Derecho de la Unión Europea los criterios sociales y medioambientales en la contratación pública. Estas normas tuvieron su reflejo en España en la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (LCSP) y en la Ley 31/2007, de contratación en los sectores especiales.

Por su parte, la Guía de la Comisión Europea Adquisiciones Sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas [SEC (2010) 1258 final] afloró nuevas pautas para introducir elementos sociales en la contratación, introduciendo a su vez conceptos como «compra pública responsable» del que cuelgan la «compra pública social» y la «compra ética y verde».

El marco regulatorio básico que rige actualmente a nivel estatal y comunitario, viene configurado, esencialmente, por las Directivas 2014/24 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014; y por el RDLeg. 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)[9], norma esta última que tenemos que empezar a sustituir por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)[10]. A ello, como es claro, cabe añadir la jurisprudencia estatal y comunitaria, las leyes autonómicas y locales, las distintas normas sectoriales de aplicación, o la doctrina emanada de organismos administrativos como las Juntas Consultivas de Contratación (JCCA) o los tribunales administrativos de recursos contractuales.

Sobre tales cimientos jurídicos debe afirmarse que en la actualidad la posibilidad de introducir elementos sociales en la contratación pública es indiscutible, incluso como criterios de valoración de las ofertas. Tal circunstancia queda mucho más patente a razón de las Directivas 2014, y su propósito declarado de potenciar el uso estratégico de la contratación pública para el cumplimiento de los objetivos de la estrategia Europa 2020[11].

III. LA INCORPORACIÓN DE CRITERIOS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN

Según el artículo 117.1 TRLCSP, «las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, 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 sostenibilidad y protección ambiental». Tanto es así que, de no ser posible servirse de estos principios informadores para definir las prescripciones técnicas, se exigirá al poder adjudicador una motivación suficiente y expresa.

En sentido similar, el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE requiere a los Estados adoptar medidas efectivas para garantizar en la ejecución de los contratos el cumplimiento de los compromisos sociales ya sean de base legal o convencional. Cumple destacar que el precepto enuncia los principios básicos de la contratación pública, evidenciando de este modo la importancia que se confiere a la consecución de dichos fines.

En lo referente a la nueva LCSP, el apartado V de la EM precisa que « Se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo», presentándose de este modo como un auténtico imperativo para el poder adjudicador, acogiendo el principio comunitario. Correlativo de lo anterior, podemos ver el artículo 126, en cuyo apartado tercero se recoge que para toda contratación que esté destinada a ser utilizada por personas físicas, deberán redactarse las prescripciones técnicas de acuerdo a criterios de accesibilidad universal. Del mismo modo el apartado cuarto refiere a la necesidad de que las prescripciones técnicas se definan aplicando «criterios de sostenibilidad y protección ambiental», cuando el objeto del contrato pueda afectar al medio ambiente

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación del Estado también se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la posibilidad de inclusión de cláusulas de discriminación positiva en los pliegos (Informe 44/2004, de 12 de noviembre); de criterios que atribuyan una puntuación en función de la estabilidad de la plantilla, el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido, la ejecución directa por trabajadores de la empresa, cláusulas de siniestralidad laboral (Informe 11/1999, de 30 de junio); cláusulas relativas a adhesión a arbitraje de consumo (Informe 33/1999); o cláusulas sobre protección de minusválidos (Informe 44/1998, de 18 de diciembre).

Ahora bien, la intensidad con la que se conjugan los anteriores principios informadores en el pliego de prescripciones técnicas, dependerá de la naturaleza de las cláusulas que regulan y del ámbito de aplicación de las mismas. Nos explicamos. Tanto el TRLCSP, como las directivas comunitarias, diferencian la fase de selección de contratistas, en la que se toman en consideración características de las empresas, y la fase de adjudicación, en la que se fijan los criterios objetivos de valoración de las ofertas. Para exponer de una manera más sistematizada la problemática de la incorporación de criterios sociales y medio ambientales en los procesos de contratación, es conveniente distinguir entre las particularidades propias de cada una de las fases y sub fases del contrato.

No todos los criterios sociales pueden ser aplicados en todas las fases y con la misma intensidad

Esta esquematización de los criterios es habitual en la doctrina científica, sirviendo de ejemplo MEDINA JURADO[12], PINTOS SANTIAGO[13] o ALFREDO RAMOS[14]. Nosotros seguiremos el esquema expuesto por este último, en el que diferencia entre (i) selección de licitadores; (ii) adjudicación del contrato; y (iii) ejecución del contrato. Y dentro de estos tres estadios, nos detendremos ante distintas subcategorías.

Téngase presente que esta diferenciación obedece a que no todos los criterios sociales pueden ser aplicados en todas las fases y con la misma intensidad. Extremo que se desprende nítidamente también de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos [COM (2001)][15].

1. Criterios de selección de licitadores

La selección de licitadores nos sitúa en un estadio anterior a la valoración o puntuación de las ofertas presentadas, y en el que a su vez se distinguen tres extremos: (a) en términos negativos: las prohibiciones de contratar; (b) en términos positivos: las exigencias de solvencia técnica; (c) la reserva a favor de determinados organismos.

a) Las prohibiciones de contratar

Las prohibiciones de contratar constituyen un práctico mecanismo de política económica y social, tanto desde una esfera disuasoria, como a modo de auténtico veto a contratar con la administración a todo aquel que haya incurrido en supuestos de incompatibilidad, o carezca de la suficiente honorabilidad. Éste último concepto («honorabilidad»), tal y como apunta BERMEJO VERA[16], es un concepto difuso y confuso que evoca a una «moralidad profesional»[17].

En la actualidad, debemos acudir al catálogo de prohibiciones de contratación recogido en el artículo 71 LCSP (que guarda innegable paralelismo con el antiguo artículo 60 TRLCSP). Y más concretamente, en lo que refiere a los criterios sociales o medio ambientales, a la causa recogida en el apartado 1, corolario b) [«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 (...) en materia medioambiental (...) o por infracción muy grave en materia laboral o social»]. También el apartado d), en tanto que castiga a las empresas que no se hallen al corriente de sus obligaciones de seguridad social, pero también a aquellas de 50 o más trabajadores por no «cumplir el requisito 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», o también, en el caso de empresas de más de 250 trabajadores por «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».

Esta última prohibición de contratar no figuraba en el antiguo TRLCSP, a diferencia de la obligación de contratar el 2 por ciento de empleados con discapacidad, que fue eso sí, introducida a través de la DF 9.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; acogiendo así una petición que desde hace años venía realizando el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), en aras a que dicha previsión, contemplada hasta entonces únicamente como criterio de preferencia, pasara a ser considerada como una prohibición de contratar en caso de incumplimiento[18]. Ahora bien, como contrapartida se introdujo también una la DT 10ª, que suspendía lo anterior hasta el momento en que se produzca el correspondiente desarrollo reglamentario.

Dado el incumplimiento generalizado de esta obligación legal, se consideró oportuno facilitar un período de adaptación, a modo de ultimátum, o como señala BLANCO LÓPEZ[19] «casi como excusa mientras las empresas se convencen que, como el cuento del lobo, ahora va en serio». En cualquier caso, en la norma que entra en vigor el 9 de marzo, no se prevé ninguna disposición suspensiva al estilo de la DT 10ª, antes apuntada.

Cumple asimismo destacar que, de haberse formalizado el contrato con un licitador incurso en causa de prohibición, estaríamos ante una causa de nulidad de derecho administrativo, de acuerdo con el artículo 39.2.a) LCSP.

Por último, podemos referirnos al artículo 57.4 de la Directiva 2014/24/UE, que permite a los poderes adjudicadores excluir al licitador que haya sido sancionado por infracciones graves derivadas de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o en disposiciones internacionales. Precepto que es consecuencia directa de la excepción contenida en el artículo 56.1.pfo. 2°, que faculta a los poderes adjudicadores para denegar la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, si se comprueba que el licitador no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18.2.

b) *Las exigencias de solvencia técnica*

Los artículos 74 a 76 LCSP regulan los requisitos precisos para estar en condiciones de acreditar la solvencia económico-financiera y técnica que deberán hacer constar los poderes adjudicadores en el anuncio de licitación y especificarlos en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

Dicha exigencia de vinculación con el objeto del contrato, dificulta que puedan introducirse criterios de orden social o medioambiental en la solvencia técnica. A salvo quedan, claro está, los requisitos que resulten imprescindibles para ejecutar correctamente el contrato. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto que el contrato se dirija a la obtención de energías renovables, y sea preciso acreditar (a través de una etiqueta ecológica o de otro modo) la experiencia, formación o recursos personales relacionados con la materia.

c) *La reserva a favor de determinados organismos*

Dentro de la selección de contratantes, debemos hacer referencia a los contratos reservados, previstos en la DA 4ª LCSP. Según la norma el Consejo de Ministros (Administración General del Estado) o los órganos competentes a nivel local y autonómico, fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho de participar a determinados contratos o lotes de los mismos a « Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que 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 ».

Dicha previsión de la DA 4ª, tiene su base en la Directiva 2004/18/CE, cuyo artículo 19 establece un régimen especial a favor de determinados contratos a los efectos de contribuir a la inserción en la sociedad de las personas discapacitadas. Si bien la norma comunitaria no delimita cuantitativamente esta reserva.

Alguna voz en la doctrina[20] ha venido criticando que la TRLCSP refiriera únicamente a los CEE, dejando fuera

del ámbito de reserva a los Centros Ocupacionales. Sin embargo, la DA 4ª LCSP, sigue restringiendo la reserva en similares términos que su predecesora.

2. Criterios de adjudicación del contrato

Los criterios de adjudicación son, sin lugar a dudas, los más polémicos en el pulso por introducir elementos sociales y medioambientales en la contratación pública. En palabras de FERNÁNDEZ ACEVEDO[21], los principios que presiden la contratación pública, se juegan gran parte de su credibilidad, de su eficacia y realización práctica, en el ámbito de la valoración de las ofertas.

Actualmente —por fin y no sin arduos debates doctrinales sobre sus límites- se cuenta ya con el reconocimiento expreso, en la legislación básica, de la posibilidad de incorporar criterios de índole social o medioambiental en la valoración de las ofertas. Tales criterios pueden conjugarse desde dos perspectivas distintas y complementarias, como son (a) los criterios de adjudicación «strictu sensu», y (b) los criterios de desempate.

a) Criterios de adjudicación strictu sensu

En los inicios de la contratación administrativa, la valoración de las ofertas era prácticamente —por no decir totalmente- equiparable a una subasta. Las administraciones públicas, como adquirentes de bienes y servicios imbuidos por el principio de eficiencia económica y control del gasto público, buscaban únicamente obtener el objeto del contrato al menor precio posible. Hoy en día, corolario de la naturaleza estratégica de la contratación administrativa para la consecución de fines sociales y medioambientales, la eficiencia económica y la valoración de la oferta «económicamente más ventajosa», adquiere unos tintes distintos y mucho más amplios. De este modo la consideración de los valores sociales no debe entenderse como un elemento ajeno o perjudicial para la ejecución del contrato, sino como una aportación más que puede influir en la elección de la oferta más ventajosa.

Esta evolución, paulatina, se acentúa de modo especial en la cuarta generación de directivas comunitarias, siendo que la Directiva 2014/24/UE muta el histórico concepto de «oferta económicamente más ventajosa» a un nuevo concepto, tendente a evitar confusiones, como es la «mejor relación calidad-precio»[22]. Posiblemente este cambio de terminología no fuera necesario, dado que la jurisprudencia del TJUE ya venía haciendo un esfuerzo notable para destacar que «económicamente más ventajoso» no era una expresión que debiera ser abordada desde una perspectiva monetaria, sino también en pos del interés público y de consecución de los objetivos comunitarios en materia social y medioambiental[23]. Parece claro que tal iniciativa no busca sino remarcar el propósito de la Directiva de conceder un mayor margen de maniobra a los poderes adjudicadores en la búsqueda de estándares de calidad, estéticos, innovadores, sociales o medioambientales. Después de todo, el artículo 67.2 de la Directiva requiere que, de incluirse la mejor relación calidad-precio, ésta se evalúe en función de criterios «que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato».

> *El principal escollo para incorporar criterios sociales o medioambientales es su necesaria vinculación al objeto del contrato*

En esta línea, la Directiva permite incluso a los Estados Miembros prohibir a los poderes adjudicadores, si lo estiman necesario, utilizar como único criterio de adjudicación el precio o el coste, en cuyo caso todo contrato habría de adjudicarse a través del sistema de «la mejor relación calidad-precio»[24]. Y para el caso de que los Estados no opten por dicha prohibición total, les permite adoptar una parcial que limite la aplicación del criterio único a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos (apunta como ejemplo FERNÁNDEZ ACEVEDO[25] aquéllos contratos de suministros en los que los productos a adquirir están perfectamente definidos por estar normalizados y no ser posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase). Se trata, en definitiva, de fomentar una mayor orientación en pos de la calidad.

En coherencia con lo anterior, el artículo 67 de la Directiva advierte que los criterios de adjudicación podrán incluir: (i) Calidad, características estéticas y funcionales, accesibilidad, diseño para todos los usuarios; (ii) Características sociales, medioambientales e innovadoras; (iii) La comercialización del producto y sus condiciones; (iv) La organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato; (v) el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como fecha, proceso y plazo de ejecución.

Ahora bien, como ha resaltado la STJUE de 24 de noviembre de 2005 (asunto C-331/2004), los criterios de adjudicación deben tener relación con el objeto del contrato, no deben atribuir la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada, deben reflejarse en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, y deben respetar los principios fundamentales de igualdad de trato, no discriminación y transparencia[26]. De hecho, el considerando 90 de la Directiva proclama que «la adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa».

Es de ver que el principal escollo con el que se puede topar la iniciativa de incorporar criterios sociales o

medioambientales en esta fase, pasa por su necesaria vinculación al objeto del contrato. Requisito «sine qua non» que suaviza ligeramente la directiva comunitaria, que en su artículo 67.3 muestra una serie de pautas acerca de qué debemos entender por objeto del contrato, interpretando el mismo de forma amplia. Así, se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud del contrato «en cualquiera de sus aspectos, y en cualquier etapa de su ciclo de vida», lo que incluye el proceso de producción, prestación o comercialización o cualquier otro proceso específico, «incluso cuando dichos factores no formen parte de sus sustancia material»[27].

Por ciclo de vida, según el artículo 2.20, se entienden «todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización».

Volviendo la vista ahora a la LCSP, ésta recoge los criterios de valoración de las ofertas en su artículo 145, en el que se proclama lo que ya se intuía del antiguo artículo 150 LCSP, y es la voluntad del legislador de priorizar la utilización de más de un criterio de adjudicación[28]. Por lo que interesa al presente trabajo, reza el artículo 145.2:

> *«La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. 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 en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:1º 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; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato».*

Los criterios de preferencia permiten la elección del adjudicatario entre los distintos ofertantes admitidos a licitación

La enumeración que se contiene en el precepto es meramente ejemplificativa[29], tal y como se desprende de las expresiones «tales como» o «u otros semejantes», lo que supone una puerta abierta a criterios no mencionados de modo expreso, como pueda ser la igualdad material entre hombres y mujeres. Sin embargo, el requisito de vinculación directa parece alejar de esta esfera los criterios relativos a la situación corporativa de la empresa, esto es, a su configuración «ex ante», pues es muy complicado —aunque quepa tal posibilidad- imaginar algún escenario en que tal circunstancia tenga relación con el proceso específico de producción o la prestación de los servicios.

En esta línea el Informe JCCA 53/2008 declaró que no era admisible en nuestro Derecho la inclusión de criterios de adjudicación que valorarán la contratación de personal desempleado, por cuanto no guardan relación directa con el objeto del contrato (idea reiterada en su posterior informe 3/2009).

Dando un paso más, en relación a la valoración de la experiencia del licitador como término abstracto —piénsese en la experiencia en el cumplimiento satisfactorio de otros contratos-, el Tribunal europeo ha declarado en numerosas ocasiones que las cualidades subjetivas de las empresas licitadoras no pueden utilizarse como criterios de adjudicación. Ejemplo de ello es la STJUE de 12 de noviembre de 2009, as. 199/2007, Comisión contra República Helénica, en la que se afirma tajante que «se trata de criterios referidos a la aptitud de los licitadores para ejecutar este contrato y que no tienen por tanto la cualidad de criterios de adjudicación» (apartado 56).

ISSN: 1579-3036

Pueden resultar muy clarificadoras también otras famosas resoluciones del Tribunal Europeo, como la Sentencia Beentjes, de 20 de septiembre de 1988 (as. C-31/87). En ella el poder adjudicador excluyó de la licitación a la empresa demandante, al amparo del razonamiento de que no estaba en condiciones de emplear a trabajadores en paro prolongado. Para el tribunal tal requisito no guardaba relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas, ni con los criterios de adjudicación del contrato.

En la Sentencia de 28 de marzo de 1995 (asunto C-324/1993; Evas Medical y Macfarlan Smith), el tribunal, remitiéndose a la Sentencia Beentjes, declaró que «la elección de la oferta más ventajosa económicamente atribuye a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente». De ello dedujo que la seguridad del abastecimiento es susceptible de formar parte de los criterios de adjudicación.

Por su parte la Sentencia de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-225/1998 Comisión contra Francia), admite que se utilice como criterio de adjudicación una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho Comunitario y, en particular, el principio de no discriminación

Quedan establecidos, por tanto, como requisitos que debe observar todo criterio de adjudicación, los de (i) mantener una relación directa con el objeto del contrato; (ii) no atentar contra los principios comunitarios, entre los que destacan el de libertad de establecimiento, igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y transparencia; (iii), que estos criterios estén expresamente mencionados en la documentación preparatoria del contrato; y (iv) finalmente, que no confieran al poder adjudicador un grado de discrecionalidad que le permita designar al adjudicatario de manera arbitraria o parcial.

Para terminar con este punto de nuestro estudio, no podemos dejar de destacar la relevancia que le confiere la Directiva 2014/24/UE a la innovación (tecnológica, ecológica y social), como uno de los objetivos prioritarios de la Estrategia Europa 2020[30].

La Directiva comunitaria define la innovación en el apartado 22 de su artículo 2, como la «introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador». Y ya en su Considerando 47, lanza el siguiente mensaje a los Estados Miembros: «Los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación».

Fruto de esta apuesta por la innovación nos encontramos con el nuevo procedimiento de asociación para la innovación, el diálogo competitivo, la figura de la contratación conjunta esporádica, la contratación con intervención de poderes adjudicadores de distintos Estado Miembros[31] o la conveniencia de admitir en los pliegos variantes o mejoras para las ofertas, a fin de fomentar ideas innovadoras[32].

b) Criterios de desempate o preferencia

Si bien no conforman estrictamente criterios de valoración, los criterios de preferencia, sí permiten la elección del adjudicatario entre los distintos ofertantes admitidos a licitación. Pero su alcance es mucho más limitado y, en muchos casos, insuficiente.

Para CARBONERO GALLARDO[33] la regla de desempate supuso la punta de lanza de una nueva concepción de la contratación pública, como instrumento para el avance de políticas sociales. No en vano, junto con las prohibiciones de contratar, supusieron en nuestro país las primeras manifestaciones de incorporación de criterios de índole social en la contratación pública. Se introdujo en España en el TRLCAP (RDLeg 2/2000, de 16 de junio), concretamente en su DA 8ª, regulándose posteriormente en la DA 4ª TRLCSP, y actualmente en el artículo 147 LCSP. Cumple reconocer al legislador nacional que la norma no tuvo precedente comunitario.

En su Informe 59/08 de 31 de marzo de 2009, indica la JCCA que la DA 4ª TRLCSP tiene por finalidad establecer diferentes opciones aplicables y dispositivas, para proceder al desempate cuando coincidan en la puntuación asignada por la Mesa de contratación. Se distingue, por ende, de los criterios de adjudicación recogidos en el artículo 145 LCSP[34] y también de las reservas contenidas en la DA 4ª LCSP. En relación a los primeros, es importante destacar que a diferencia de aquellos, las reglas de desempate —como criterio general- no tienen por qué tener relación alguna con el objeto del contrato.

Tal y como resalta BOCOS REDONDO[35] no se atenta contra los principios de igualdad y de libre concurrencia, dado que supone, a la postre, una suerte de «derecho de tanto a favor de la empresa con minusválidos en su plantilla en el caso de ofertas iguales».

La Disposición Adicional recoge como criterios de preferencia: (i) Las empresas que en el momento de acreditar su solvencia técnica tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100. En caso de que más de una empresa cumpla este punto, tendrá preferencia el licitador que disponga de un mayor porcentaje. (ii) Las empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre. (iii) En-

tidades sin ánimo de lucro, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato. Véase que en este caso sí se exige ese nivel de vinculación con el objeto del contrato, para lo que se estará a lo que resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y siempre que figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. (iv) En los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo, las proposiciones presentadas por Organizaciones de Comercio Justo.

Qué duda cabe que, a través de este mecanismo, y siempre que se suceda una situación de empate, teniendo ya garantizada la administración la obtención de la oferta económicamente más favorable de acuerdo con el objeto del contrato, se puede apostar por el impulso de las medidas sociales. Por ello, pese a su naturaleza potestativa, todo poder adjudicador debería contemplar todas o algunas de las reglas de preferencia antedichas. Exigencia que se ha formalizado en distintas normas autonómicas como la Ley Foral Navarra (6/2006 de Contratos Públicos); la Ley de Aragón (3/2011, de 24 de febrero de medidas en materia de Contratos del Sector Público); o la Ley 11/2003, de 10 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, de la Comunidad Valenciana.

3. Condiciones especiales de ejecución del contrato

Pese a que estas cláusulas son irrelevantes para la elección del adjudicatario de la licitación, son, posiblemente, las que presentan una mayor utilidad práctica, en tanto que al constituir auténticas obligaciones incorporadas al contrato, sea quien sea el adjudicatario final del mismo, quedará obligado a su cumplimiento. De otro modo cabe pensar en el escenario de que el adjudicatario, ya sea por ofrecer un precio esencialmente inferior, o por superar al resto de competidores en criterios de adjudicación distintos de los que prevean elementos de índole social o medioambiental, realmente no hubiera adoptado ninguna de éstas medidas. No se trata ya de premiar a uno u otro licitador en su pugna por hacerse con el contrato, sino en delimitar las obligaciones que asume al suscribir el mismo.

Corolario de lo anterior, su vocación debe ser —necesariamente- la de estipular los parámetros en que se ejecutará el contrato, esto es la relación «ex post» y no «ex ante». De tal modo que no podrá recoger especificaciones técnicas encubiertas, o examinar la solvencia técnica o económica del adjudicatario.

Por previsión expresa del artículo 202 LCSP[36], las condiciones especiales de ejecución del contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental, social o de innovación. En concreto, a título meramente ejemplificativo, se mencionan las siguientes: (i) medioambientales: i) la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, ii) el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales, iii) una gestión más sostenible del agua, iv) el uso de energías renovables, v) la promoción del reciclado de productos, vi) la producción ecológica... (ii) Sociales: i) la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad, ii) promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, iii) medidas de igualdad entre sexos, iv) la conciliación con la vida familiar, v) medidas para combatir el paro, vi) favorecer la formación, vii) la protección de la salud en el lugar de trabajo y la prevención de siniestralidad laboral.

> *Ningún mandato es efectivo si no va acompañado de un elemento disuasorio o sancionador en caso de incumplimiento*

Por su parte, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos [COM (2001)] señala algunas de las condiciones particulares adicionales que podrían imponer los poderes adjudicadores. Así (i) la obligación de dar trabajo a desempleados, especialmente los de larga duración; (ii) la obligación de aplicar medidas destinadas a promover la diversidad racial o étnica, o la igualdad material entre hombres y mujeres; (iii) la incorporación de personas discapacitadas en vistas a la ejecución del contrato; (iv) o la obligación de respetar en los esencial, las disposiciones de los convenios de la OIT, en el caso de que las mismas no se hubieran incorporado al ordenamiento jurídico nacional. Igualmente cabría pensar en otras, como las tendentes a mejorar la seguridad y salud en el ámbito laboral[37].

Pero ningún mandato es efectivo si no va acompañado de un elemento disuasorio o sancionador en caso de incumplimiento. Por ello el Pliego podrá contener las penalidades que asocie al incumplimiento (art. 192.1 LCSP) o atribuirles el carácter de obligación esencial a los efectos del artículo 211.f) LCSP, constituyendo causa de resolución del contrato o, en su caso, como infracción grave a los efectos del artículo 71.2.c LCSP.

IV. ESPECIAL MENCIÓN A LAS CLÁUSULAS MEDIO AMBIENTALES

«Todo el mundo habla sobre cómo dejar un planeta mejor para nuestros hijos, pero deberíamos intentar dejar hijos mejores para nuestro planeta».

En esta frase, el siempre incisivo Clint Eastwood condensa la exigencia de una solidaridad social y medioambiental, alejada de egocentrismos y de la concepción del medio que nos rodea como si de un elemento patrimonial se tratase. Dicho de otro modo, la solución para preservar nuestro entorno natural no pasa sólo por la adopción de acuerdos medioambientales o de medidas concretas adoptadas por distintos entes inter gubernamentales, ONG´s, etcétera. Es preciso interiorizar, con

ISSN: 1579-3036

abaste general, que en la contratación pública (y privada) ha de haber un lugar para la defensa del interés común.

A ello se suma que los conocimientos científicos sobre los orígenes y consecuencias de la contaminación han aumentado, suscitándose un creciente interés mediático por las causas medioambientales y, de modo especial, el cambio climático[38].

Tal vez por eso, y como apunta PERNAS GARCÍA[39] «la contratación pública verde ha pasado de ser una mera posibilidad, vista con notable recelo por la Comisión Europea, a un instrumento de mercado cuyo uso está siendo fomentado e, incluso, exigido desde instituciones comunitarias, como un elemento relevante en la ejecución de las estrategias de desarrollo socio económico y sectoriales de la UE».

En palabras de MEDINA JURADO[40] «la compra verde o ecológica conlleva introducir criterios ambientales en todas las fases de un proceso de compra para promover la difusión de las tecnologías ambientales, seleccionando aquellas alternativas más respetuosas y de menor impacto medioambiental y protección del entorno».

El desarrollo sostenible exige que el crecimiento económico apoye al progreso social y respete el medio ambiente, que la política social sustente los resultados económicos y que la política ambiental sea rentable[41]. Esto, aplicado a la contratación pública significa que la legislación en la materia debería tener en consideración, junto a su finalidad económica primordial, las preocupaciones medioambientales. Así se exige de modo expreso en diversos cuerpos normativos. Valga de ejemplo la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, en cuyo Anexo IV, prevé —si bien a modo de ejemplo- la incorporación de criterios medioambientales y de prevención de la generación de residuos en las compras del sector público, integrándose «como criterios de selección o, en su caso, de adjudicación, de acuerdo con el Manual sobre la contratación pública con criterios medioambientales publicado por la Comisión el 29 de octubre de 2004, y de conformidad con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público»[42].

En sentido similar, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, regula la eficiencia energética en las compras públicas a nivel estatal. En su DA 13ª advierte de que «solamente podrán adquirir bienes, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energético, en la medida que ello sea coherente con la rentabilidad, la viabilidad económica, la sostenibilidad en un sentido más amplio, la idoneidad técnica, así como una competencia suficiente».

A mayor abundamiento, y sin ánimo de extendernos, hay que pensar también en la absorción de tales principios de contratación verde, en el ámbito legislativo de las comunidades autónomas[43].

Como hemos tenido ocasión de analizar en el apartado anterior, en relación a los criterios de selección de contratistas —más en concreto en cuanto a las prohibiciones de contratar-, el artículo 71.1.b) LCSP prevé como impedimento para licitar el haber sido sancionado por infracción muy grave en materia medioambiental, de acuerdo con las previsiones de la normativa vigente[44].

Es esẽnciâl que los criterios ambientales se adopten con arreglo a criterios objetivamente verificables

Por lo que refiere a la solvencia técnica de las empresas, se hace preciso apuntar que en determinados supuestos, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato, estará justificada la aplicación de medidas o sistemas de gestión medioambiental en el momento de ejecución del contrato. Éstos, con independencia de su registro con arreglo a los instrumentos comunitarios[45], podrán demostrar la capacidad técnica del ofertante. Asimismo en este punto entra en juego la figura de las etiquetas ecológicas europeas[46] (y también las nacionales o plurinacionales). Por etiqueta ecológica, debemos entender «cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos»[47]. Sirve, por tanto, a modo de sistema de clasificación, como medio rápido para cotejar la solvencia en relación a las características de las obras, servicios o suministros.

En cualquier caso el poder adjudicador, en pos del principio de no discriminación, deberá aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado de la solvencia técnica del licitador, como pudiera ser un informe emitido por un organismo técnico oficialmente reconocido, en los términos previstos en el artículo 128.1 LCSP[48].

Pasando ahora a los criterios de adjudicación, ya hemos analizado «ut supra» algunas resoluciones muy dogmáticas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como pueden ser las sentencias Beentjes, Comisión/Francia o Evas Medical y Macfarlan Smith. Todas ellas son perfectamente extrapolables tanto a elementos sociales como medioambientales, dada la estrecha vinculación que existe entre ambas.

Pero el tribunal comunitario ha tenido ocasión de pronunciarse específicamente sobre la valoración de criterios ecológicos en el proceso de contratación. Ejemplo de ello es la STJUE de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland (asunto C-513/1999). Trascendiendo a los parámetros eminentemente económicos, el tribunal admitió que dentro del concepto de oferta económicamente más ventajosa se subsumieran criterios ecológicos, siempre que los mismos estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a la entidad una libertad incondicional de elección, se les dé publicidad en el pliego o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el celoso principio de no discriminación. En aquella ocasión el debate

orbitaba sobre si podía reconocerse como criterio de adjudicación el menor nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido, constituyendo el objeto del contrato la prestación de servicios de transporte urbano en autobús.

Asimismo cabe citar también la STJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/2001 (EVN AG y Wienstrom GmbH contra Republik Österreich). En esta ocasión se recogía como criterio de adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, la exigencia de que la misma fuera generada a partir de energías renovables, incorporándolo con un coeficiente de ponderación del 45%. Para el tribunal, a falta de elementos que permitan dudar de la falta de proporcionalidad del criterio, considera que no es en sí mismo incompatible con la normativa comunitaria.

Por otra parte, y siguiendo con los criterios de adjudicación, estimamos de interés traer a colación nuevamente el concepto de coste de ciclo de vida, al que ya hicimos referencia al detenernos en el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE. Este coste del ciclo de vida, que pasa a integrar expresamente el concepto de «oferta económica más ventajosa» (ahora «mejor relación calidad-precio»), es un concepto eminentemente ambiental. A través del mismo se toman en consideración, todos los gastos derivados de todas las fases que integran el ciclo de vida, lo que incluye también los costes que se devengarán con posterioridad a la compra del producto (mantenimiento, etcétera). Asimismo, y como nos recuerda LÓPEZ TOLEDO[49], dentro de estos costes se ponderarán también factores medioambientales como la contaminación producida en cualquiera de las fases del ciclo de vida (extracción de materias primas, producción…); pero únicamente cuando sean cuantificables en términos monetarios y que sea posible su control o seguimiento. En pos del principio de transparencia, las fórmulas para el cálculo de tales costes deben establecerse previamente, ser objetivos y accesibles para todo interesado.

Por último, como también hemos advertido anteriormente, el artículo 202 LCSP contempla la posibilidad de utilizar medidas ambientales como condiciones de ejecución de un contrato. Como es claro, las mismas deberán reunir los requisitos exigibles de este instituto jurídico y venir recogidas en los pliegos o en el contrato formalizado.

En cualquier caso, y tal y como se recoge en el Considerando 75 de la Directiva 2014/24/UE, es esencial que los criterios ambientales que se recojan como especificaciones técnicas, criterios de adjudicación o como condiciones de ejecución, se adopten con arreglo a criterios objetivamente verificables, permitiendo la competencia, y a los licitadores potenciales adquirir, en su caso, la etiqueta ecológica correspondiente. Herramienta esta última que no puede ser motivo de restricción de la innovación.

V. BREVE APUNTE SOBRE EL COMERCIO JUSTO

«El hombre justo no es aquel que no comete ninguna injusticia, si no el que pudiendo ser injusto no quiere serlo».

Esta cita del dramaturgo griego Menandro de Atenas, bien pueda ser la base por la que en medio de un sistema capitalista de mercado, poco a poco va ganando terreno este sistema alternativo de obtención de productos.

VEGA LABELLA[50] define el comercio justo como una forma alternativa de comercio promovida por varias organizaciones no gubernamentales, por Naciones Unidas y pro movimientos sociales y políticos (como el pacifismo y el ecologismo) que promueven una relación comercial justa entre productos y consumidores.

La antigua LCSP (Ley 30/2007) introdujo como novedad en su DA6ª (homóloga posterior DA 4ª TRLCSP, actual artículo 145 LCSP) la preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo, a favor de las entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo. En su Exposición de Motivos se hacía referencia a la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo [2005/2245 (INI)] y a los nuevos requerimientos éticos y sociales que en él se recogen[51].

La previsión de la LCSP se mantuvo en idénticos términos en el TRLCSP, por lo que toda mención —expresa, que no en la práctica- al Comercio Justo quedaba circunscrita únicamente a la esfera de los criterios de preferencia. Sin embargo, el marco histórico social actual inclina a dotar de un mayor protagonismo a esta figura, dato perfectamente observable en la nueva Ley, que ya en su Exposición de Motivos, apartado V, refiere como caso especial a la novedad de incorporar como criterio de adjudicación la exigencia de que el proceso cumpla «los principios de comercio justo». Tal proclama tiene su reflejo en el artículo 145.2.1°, con una mención expresa «al suministro o la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato». Igualmente a través de su artículo 202 —condiciones especiales de ejecución-, amplía las previsiones del artículo 118 TRLCSP, con referencia expresa al Comercio Justo. De esta suerte, se consolida una clara progresión del Comercio Justo, que se traslada de la DA 4ª TRLCSP a los artículos 145 y 202 de la nueva Ley.

VI. ESPECIAL MENCIÓN A LOS CRITERIOS DE IGUALDAD MATERIAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES

«No puedo decir si las mujeres son mejores que los hombres. Sin embargo, sí puedo decir sin dudar que no son peores».

ISSN: 1579-3036

Con esta célebre cita Golda Meir, la conocida como «Dama de Hierro», defendía en el siglo pasado la aptitud femenina para el desarrollo de cargos de responsabilidad.

En la actualidad, bien entrado ya el siglo XXI, están al orden del día conceptos como el de discriminación positiva, o el de discriminación indirecta, definida esta última por la Directiva 2002/73/CE como «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» (art. 1.2). Y bien arraigado en la conciencia popular la conveniencia de impulsar una igualdad real o efectiva, dada la insuficiencia de la igualdad formal pregonada por todos (o casi) los sistemas democráticos.

En este sentido, como apunta BERNAL BLAY[52] no cabe duda de que la contratación pública, como medio para alcanzar fines públicos, es un instrumento más (aunque no el único, ni el más relevante) para fomentar la igualdad material entre hombres y mujeres. Tal circunstancia no es sino una derivación del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo que proclama el artículo 14 de nuestra Constitución. Y en relación con ese derecho, el artículo 9.3 de la Carta Magna recoge el mandato de promover la igualdad material o efectiva; orden que, tal y como se afirma en su Exposición de Motivos, viene a cumplir la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva de hombres y mujeres (LOI).

Respecto a la posibilidad de incorporar la perspectiva de géneros en los criterios de admisión, nos remitimos a todo lo ya apuntado con carácter general en apartados anteriores, y más en concreto en cuanto a las prohibiciones de contratar, y a la posible previsión de exigir etiquetas sociales u otras especificaciones técnicas relacionadas con esta cuestión. Únicamente y por lo que respecta al primer punto, nos haremos eco de que se ha discutido, en no pocas ocasiones, la conveniencia de ampliar el catálogo de prohibiciones[53]. Pues bien, en este punto cumple recordar, que la inclusión de nuevos supuestos de prohibición constituye una competencia exclusiva del Estado, toda vez que los artículos 71,72 y 73, tienen carácter básico[54]. Así, queda vetado a las comunidades autónomas la posibilidad de incorporar nuevas prohibiciones de contratar, tal y como analiza de modo extenso el Informe 2/2017, de 1 de febrero, de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En el escenario propio de los criterios de adjudicación, diremos que las medidas de género son, a nuestro parecer, las implementaciones más polémicas entre los distintos objetivos sociales. Como en el resto de supuestos estudiados, la posibilidad de incorporar criterios de valoración amparados en políticas de género, queda condicionada a que estén directamente vinculadas al objeto del contrato y a los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, así como que permitan determinar cuál sea la oferta económicamente más ventajosa[55]; lo que ha dado lugar a todo tipo de interpretaciones, en su mayoría restrictivas.

Una de las claves para introducir cláusulas sociales en la contratación está en la propia definición del objeto del contrato

Por citar algunas resoluciones significativas en esta materia, comenzaremos por aludir a la STS de 17 de julio de 2012 (rec. 5377/2009), que evita pronunciarse directamente sobre la posibilidad de incorporar como criterio de adjudicación, el otorgamiento de puntuaciones en atención al «porcentaje de personal femenino fijo en la empresa», pese a que dicha cuestión era precisamente el epicentro del recurso de casación. El recurso se desestima, pero no porque se considere permisible el criterio de adjudicación recogido en los pliegos (denominado «de igualdad»), sino al entender el tribunal que tal criterio debía ser interpretado, a razón de su tenor, como un mero criterio de preferencia y no de valoración. A este respecto, trae a colación el artículo 33 LOI. Según dicho precepto, los órganos de contratación de las administraciones públicas, podrán establecer condiciones especiales de ejecución de los contratos[56], con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo[57]. Tal norma, a criterio de la Sala, es susceptible de ser interpretado como una regla de mínimos, en el sentido de que no sólo es posible aplicar medidas de igualdad como condición especial de ejecución, sino también, esto es, como criterio de preferencia para decidir la ejecución entre proposiciones iguales desde criterios objetivos[58].

En suma, la sentencia no es concluyente sobre la posibilidad de imbuir de políticas de género los criterios de adjudicación.

Más restrictivo resultó el Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización de los convenios de colaboración y la contratación celebrados por el Instituto de la Mujer, publicado el 30 de junio de 2011. Según éste, las condiciones especiales que se establezcan con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, deben circunscribirse a la ejecución de los contratos (ex artículo 33 LOI) o para dirimir empates, tal y como prevén el artículo 34 LOI y el artículo 145 LCSP.

En el marco de la jurisprudencia del tribunal comunitario, ya hemos visto que las cláusulas sociales pueden ser conjugadas en sede de los criterios de adjudicación (así la STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-513/99). Si bien, en ocasiones el tribunal comunitario parecía haberse mostrado contrario, en la STJUE de 20

de septiembre de 1988 (C-31/87, Gebroeders Beentjes), y también en la STJUE de 26 de septiembre de 2000 (C-225/98, contra Francia), en la que se admitió como criterio de adjudicación las medidas de lucha contra el desempleo, si bien solamente como «criterio accesorio», introduciendo de este modo un indeseable concepto jurídico indeterminado. Tal vez por esas disonancias, la resolución del TACRC 210/2016 de 18 de marzo advierte que: «...no puede afirmarse que exista un cuerpo jurisprudencial uniforme sobre la admisibilidad o no de estas cláusulas sociales en el Derecho de la contratación pública de la Unión Europea».

Sea como sea, para resolver esta cuestión, nos remitiremos a dos resoluciones bastante recientes (ambas de 2016), que nos ayudarán al menos a estrechar los límites de lo permitido en la configuración de los criterios de adjudicación.

La primera, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, núm. 45/2016, de 8 de agosto, por el que se declara la nulidad de un criterio de adjudicación que valoraba la presencia de mujeres en el equipo técnico. Concretamente se exigía de los licitadores que presentasen una declaración responsable indicando el número de mujeres y hombres que desarrollarían el trabajo. El órgano administrativo, tras valorar la normativa de aplicación, y en especial los artículos 67.2, considerando 89 y 90 de la Directiva 2014/24/UE, concluye que no se justifica en el expediente que la contratación de mujeres para la prestación del servicio suponga una mejora —directa ni indirecta- en el prestación del mismo, ni su incidencia en el objeto del contrato. Hechos especialmente gravosos, si se tiene en cuenta que este criterio suponía 25 puntos sobre un total de 100. Este último matiz es relevante, en tanto que nos introduce el principio de proporcionalidad o coherencia técnica. No se pierda de vista tampoco que en tanto se refiere al personal pre-existente en la empresa, se está atendiendo a criterios de aptitud empresarial.

La segunda, la resolución del TACRC de 18 de marzo de 2016 (rec. 130/2016), que analiza la legalidad de los pliegos de un expediente de licitación del Ayuntamiento de Xátiva, entre los que se cuenta —por lo que ahora interesa- el otorgamiento de hasta 5 puntos (sobre 100) a las empresas que para la ejecución del contrato se comprometan a incorporar personas con discapacidad o en riesgo de exclusión del mercado laboral. El Tribunal defiende la legalidad de tal previsión, desde la base de que considera que la misma sí guarda relación con el objeto del contrato, y desde una perspectiva de proporcionalidad, no se desvirtúa la adjudicación a la oferta económica más ventajosa. A diferencia del caso anterior, no se valorará la composición «ex ante» de la empresa licitadora, sino el compromiso a «incorporar a su plantilla, bien para cubrir las necesidades de personal eventual que requiera el contrato, bien para las nuevas contrataciones que resulten necesarias» a personal en riesgo de exclusión laboral o a personas con discapacidad.

Cohonestando las dos resoluciones citadas, cabe concluir que no se ajustarán a la legalidad aquellos criterios de adjudicación que atiendan a la aptitud o composición de la empresa licitadora, sin guardar relación con el objeto del contrato. Como apunta el Informe 9/2009 de la JCCA, de 31 de marzo de 2009 «la vinculación directa exige que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma». Quedan, por ende, proscritos los criterios relativos a cuestiones contingentes que no afecten a la forma de ejecutar la prestación ni a sus resultados, o refieran a circunstancias propias de la capacidad técnica de la empresa. Tampoco se ajustarán a la legalidad aquellos criterios que, por desproporcionadas o por cualquier otra circunstancia, distorsionen la licitación, dificultando la elección de la propuesta económicamente más ventajosa.

La LCSP supone un notorio avance en la incorporación de criterios relacionados con el Comercio Justo en la contratación pública

Alcanzado este punto, y en relación especialmente a la igualdad de oportunidades entre sexos (si bien cabe pregonarlo también de las normas en materia medioambiental), es necesario advertir del riesgo que supone la dimensión transversal de las leyes sectoriales («mainstreaming»)[59]. Tal y como pregona la EM de la LOI, y recoge expresamente su artículo 15, «el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos...» y las administraciones públicas deberán incorporarlo «...de forma activa...en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades». En consecuencia, tal y como apunta BERNAL BLAY[60] «la consideración de la dimensión transversal u alcance horizontal del principio de igualdad movió a que, dentro del Capítulo de la LOI, dedicado a la "acción administrativa para la igualdad", se incluyesen un par de artículos dedicados a la contratación de las Administraciones Públicas».

Frente a lo anterior, debe ser una máxima inflexible la de la prelación de la normativa especial en materia de contratación y la doctrina jurisprudencial que de la misma dimana. Tanto el Derecho europeo como el patrio han otorgado una amplia capacidad decisoria al poder adjudicador a la hora de determinar los criterios de adjudicación, si bien es inexcusable el cumplimiento de los requisitos recogidos en el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, al que hemos hecho continua referencia. Esto es: a) que no confieran una libertad de decisión ilimitada; b) que se mencionen expresamente en el anuncio de licitación o los pliegos; c) que estén vinculados al objeto del contrato; d) que respeten los principios fundamentales de la Unión. Además, según el Considerando 92 de la Directiva, únicamente son legítimos aquellos

ISSN: 1579-3036

criterios que se dirijan a identificar la oferta económicamente más ventajosa, aspecto que ha sido destacado por la jurisprudencia del tribunal europeo[61] y pór la Junta de Contratación Administrativa[62].

VII. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, cabe extraer principalmente las siguientes conclusiones:

1. Hasta las directivas de 2004 no se contempla de modo expreso la incorporación de criterios sociales y medioambientales en la contratación pública. Ello es lógico si tenemos en consideración que las directivas precedentes se centraron en consagrar reglas de publicidad y no discriminación, y en unificar procedimientos de negociación. Ya de por sí lo anterior supuso una ardua labor, por el extendido uso de la contratación como instrumento para fomentar a las empresas nacionales, creando fronteras fácticas, en ocasiones algo sutiles, en el mercado comunitario[63]. Es tan sencillo como que no se puede construir un edificio sin establecer primeramente unos sólidos cimientos. Pese a ello, mediante recomendaciones y otros instrumentos, se venían instando tales prácticas.

2. Constituye un imperativo para los poderes adjudicadores que las prescripciones técnicas tengan en cuenta criterios sociales y medioambientales, cuando tengan relación con el objeto del proceso. Ello en atención al artículo 126 LCSP, pero también al artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE.

3. Resulta conveniente, a efectos de analizar correctamente los criterios ambientales y sociales en la contratación pública, diferenciar entre las distintas fases del procedimiento, y más concretamente, entre selección de contratistas, valoración de las ofertas y condiciones especiales de ejecución.

4. El riesgo que se asume con la incorporación de cláusulas sociales y medioambientales, especialmente si se incorporan como criterio de adjudicación de una forma irresponsable, es que se conviertan en una suerte de fisura que conlleve una mayor arbitrariedad en la contratación. Por ello es altamente recomendable que, en la medida de lo posible, se valoren en atención a reglas o fórmulas objetivamente cuantificables.

5. En cuanto a la fase de selección de licitadores, pueden apreciarse criterios sociales o medioambientales en las prohibiciones de contratar, en las exigencias de solvencia o en las reservas a favor de determinados organismos [artículos 71.1.b) 74 y DA 4ª LCSP].

6. Para poder introducir criterios de adjudicación relacionados con fines sociales o medioambientales, éstos deben (i) mantener una relación directa con el objeto del contrato; (ii) no atentar contra los principios comunitarios; (iii) estar anunciados en la documentación preparatoria del contrato; y (iv) no conferir al poder adjudicador un grado de discrecionalidad que le permita designar al adjudicatario de manera arbitraria o parcial.

7. La cuarta generación de directivas (2014) evoluciona del concepto de «oferta económicamente más ventajosa», al más amplio de «mejor relación calidad-precio», en claro ánimo de potenciar la ponderación de criterios de calidad, innovación, sociales y ambientales, al convertirse en vaso comunicante de otros conceptos como el de coste ciclo de vida. Asimismo, se reinterpreta el concepto de objeto del contrato, relacionándolo con cualquier etapa del ciclo de vida de las obras, servicios o suministros.

8. Dada la necesaria vinculación al objeto del contrato, una de las claves para introducir cláusulas sociales en la contratación está en la propia definición del objeto del contrato[64].

9. Los criterios de preferencia no tienen por qué mantener, salvo excepciones previstas en el artículo 145 LCSP, una relación directa con el objeto del contrato; y su ámbito es mucho menor que los criterios de valoración, pues sólo se aplican en caso de empate y su inclusión es discrecional. Pese a ello muchas normas autonómicas las exigen imperativamente.

10. En las condiciones especiales de ejecución es dónde históricamente los poderes adjudicadores han contado con una mayor libertad para la consecución de fines sociales o medio ambientales. Dada su naturaleza como estipulación contractual, se asegura que, sea quien sea el adjudicatario final, deba ser observada.

11. La mayor implantación de la compra verde o ecológica viene precedida e impulsada por una mayor concienciación social sobre la materia. En la práctica es habitual en determinados contratos la exigencia de etiquetas ecológicas para demostrar la capacidad técnica del licitador. Como novedad, la Directiva 2014/24/UE prevé las etiquetas sociales.

12. La LCSP supone un notorio avance en la incorporación de criterios relacionados con el Comercio Justo en la contratación pública. Así, en contraste con la LCSP, prevé su inclusión como condición especial de ejecución, e incluso como criterio de adjudicación.

13. La incorporación de objetivos en materia de igualdad efectiva entre hombres y mujeres en los pliegos de contratación, ha estado históricamente rodeado de indudable polémica, especialmente cuando pretenden incorporarse como criterios de adjudicación. En esta línea, se han llevado a cabo interpretaciones erróneas sobre el «mainstreaming» de la normativa en materia de igualdad, que debe ser supeditada en todo caso a los requisitos y esquemas propios de la normativa especial de contratos recogidos en la conclusión n.º 6.

Corolario de todo lo anterior, no queda sino hacernos eco de la evolución producida desde una contratación pública que se había entendido históricamente como una contraprestación recíproca equivalente; hacia una contratación pública sostenible, que (sometida siempre a principios de eficiencia económica) persigue también servir de instrumento para la consecución de fines sociales y medioambientales.

Y dado que seguimos en un proceso dinámico, que ha experimentado un nuevo avance con la promulgación de la Ley 9/2017, nos parece oportuno poner fin a este trabajo haciéndonos eco de una célebre reflexión de W. Blake, para quién «la evidencia de hoy, es la imaginación de ayer».

NOTAS

1 Vid artículo 1 TRLCSP.

2 GIMENO FELIU, J.M. La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. Civitas. Madrid, 2006, pág. 47.

3 RAMOS, A. "Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el RDLeg. 3/2011. Revista Contratación Administrativa Práctica. LA LEY. Nº 119, Mayo 2012. Pág. 1

4 Informe 2/2006, de 9 de febrero.

5 LESMES ZABALEGUI, S. "Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral". Lan Harremanak, nº 13, 2005, pág. 64.

6 Comunicación de la Comisión "Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible". COM (2001) 31 final.

7 PEREZ LLORCA, J. "La contratación de obra pública como instrumento de política social" en Documentación Social, nº 117-118, año 1999-2000. Pág. 283.

8 En esta línea, el Considerando 95 de la Directiva 2014/24/UE: «parece oportuno continuar en esta línea y dejar que sea la legislación específica la que fije objetivos obligatorios en función de las políticas y las condiciones particulares imperantes en el sector de que se trate…».

9 Principalmente los artículos 60.1.c); 60.2 b); 117; 118; 150.1; DA 4ª y DA 5ª.

10 Y en justo paralelismo, mostrar especial atención en los artículos 71, 126, 145, 147, 202 y DA 4ª.

11 Europa 2020 es la estrategia decenal de la Unión Europea para el crecimiento y el empleo. Se puso en marcha en 2010 con el fin de crear las condiciones requeridas para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Así, la UE tiene hasta 2020 inclusive para alcanzar cinco objetivos principales en los ámbitos de empleo, investigación y desarrollo, clima y energía, educación, inclusión social y reducción de la pobreza.

12 MEDINA JURADO, P. ("Las cláusulas sociales en la contratación pública, retos y perspectivas. Revista Cemci, núm. 7, Mar-Jun 2010, pág. 4). Refiere a una clasificación en función de la relevancia de las cláusulas sociales para el contrato, diferenciando entre i) cláusulas que introducen requisitos sociales para acceder a la licitación pública; ii) cláusulas que otorgan una puntuación concreta en el baremo de una adjudicación –esto es, criterios de adjudicación strictu sensu-; iii) cláusulas de desempate; y iv) cláusulas que establecen condiciones sociales en la ejecución del contrato.

13 PINTOS SANTIAGO, J. ("La consideración de la igualdad de género como criterio social en la contratación pública: su reflejo en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Comentario a la STSJ de Extremadura 535/2009, de 16 de junio". Revista Contratación Administrativa Práctica. LA LEY. Nº 123, Enero-Febrero 2013. Pág. 61-62). Diferencia entre i) criterios de admisión; ii) criterios de valoración; y iii) condiciones de ejecución, y dentro de cada una de ellas entre cláusulas generales y cláusulas exigibles solamente cuando estén relacionadas con el objeto del contrato.

14 Ob. cit. Pág. 34-42

15 Esta Comunicación dispone expresamente que «los poderes adjudicadores cuentan con un amplio margen de maniobra a la hora de elaborar cláusulas contractuales en materia social» y alude a la idoneidad, no excluyente, de las condiciones especiales de ejecución.

16 BERMEJO VERA, J. "Las prohibiciones de contratar en la ley de contratos del sector público". Revista de Administración Pública, núm. Extraordinario. Año 2008, pág.115.

17 Concepto al que refiere repetitivamente la Directiva 2004/18, de 31 de marzo. Así, en su Considerandos 34, 43, o en su artículo 45.2.

18 Véase su Informe de 11 de enero de 2006, en el que ya se interesaba, por considerarlo más efectivo y prudente, incorporar este aspecto de forma más imperativa, como auténtica obligación.

19 BLANCO LÓPEZ, F. Personas con discapacidad, publicado en la web del Observatorio de Contratación Pública el 3 de octubre de 2016.

http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.253/relcategoria.208/relmenu.3/chk.1341fff88c988bd649e9cc4db9cba60f

20 RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. Cláusulas sociales y licitación pública: Análisis jurídico, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, pág. 74.

21 FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. "Los criterios para adjudicar los contratos y el nuevo derecho europeo de la contratación

pública" Revista Contratación Administrativa Práctica. LA LEY, n 131 Mayo 2014 Pág. 1

22 Vid Considerando 89.

23 Así la STJUE de 16 de septiembre de 2013, (T-402/2006), Reino de España contra Comisión Europea, apartado 76: «la oferta más ventajosa económicamente puede definirse como aquella entre las diferentes ofertas realizadas que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio, teniendo en cuenta los criterios justificados por el objeto del contrato». A nivel nacional la STS de 23 de mayo de 1997 proclamó que «la Administración no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más favorable al interés público».

24 En referencia al párrafo tercero del artículo 67.2.

25 Ob. cit. Pág. 4.

26 Ver apartado 21 de la Sentencia calendada.

27 En esta línea de estudio profundiza el Informe JCCA Aragón, 2/2017 de 1 de febrero.

28 No en vano, en su apartado primero se afirma que «La adjudicación se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio».

29 Circunstancia que ya fue destacada en su momento por el Informe JCCA 45/1996, de 22 de julio, que refería al artículo 87 de la antigua LCAP.

30 En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de mayo de 2011, sobre La Unión por la innovación; transformar Europa para un mundo postcrisis, solicitó a la Comisión y a los Estados Miembros que fomenten la inclusión, en los procedimientos de contratación pública, de criterios específicos verdaderamente sociales, ecológicos, de comercio justo e innovadores.

31 Artículos 31, 30, 38 y 39, respectivamente.

32 Consejo recogido expresamente en el Considerando 48 de la Directiva.

33 CARBONERO GALLARDO, J.M. La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual. Universidad de Granada, 2010. Pág. 463.

34 Distinción destacada por el Informe 44/98 de 18 de diciembre de 1998 de la JCCA.

35 BOCOS REDONDO, P. "Disposiciones Adicionales", en Contratación del Sector Público Local. Editorial LA LEY. Madrid, 2008; pág. 1993.

36 Precepto que bebe no únicamente del artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE que transpone, sino también de los considerandos de la misma, en las que se hace especial mención a la formación en el lugar de trabajo, a la inserción laboral, a combatir el paro o a la adopción de medidas de protección del medio ambiente.

37 Así lo propuso la Recomendación de 17 de diciembre de 2002 de la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia, que apostaba por la inclusión de cláusulas que permitieran exigir al contratista cuanta documentación estime oportuno sobre el personal contratado que preste servicios en sus centros, a fin de garantizar la adecuación a la normativa vigente, especialmente de prevención de riesgos laborales.

38 A título de ejemplo, piénsese en el cantante del grupo irlandés de música U2 (Paul David Hewson, conocido como Bono); en Leonardo Di Caprio o el ex vicepresidente americano Al Gore.

39 PERNAS GARCÍA, J.J. "Contratación pública y eficiencia energética", en AA.VV, Contratación pública estratégica, Director Pernas García. Aranzadi. Navarra, 2013, pág. 326.

40 Ob.cit., pág. 3.

41 En este sentido apunta la Comunicación de la Comisión sobre Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible. Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo. COM (2001) 264 final, adoptada el 15 de mayo de 2001.

42 Apartado 15 del citado anexo IV

43 A modo de ejemplo: el Acuerdo 64/2016, de 13 de octubre, de la Junta de Castilla y León, que aprueba medidas en materia de desarrollo sostenible en la Comunidad de Castilla y León, propone la elaboración de un Plan Autonómico de Compra Verde que establezca objetivos y criterios de compra todo tipo de suministros servicios y obras. Por su parte, la Resolución de 19 de octubre de 2016, de la Secretaría General de Hacienda y Administraciones Públicas de la Junta de Castilla la Mancha, dispone la publicación de la Instrucción del Consejo de Gobierno, del día anterior, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional.

44 A diferencia del tenor genérico utilizado por el precepto, el antiguo art 60.1.b TRLCSP contenía una remisión expresa a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental; la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres; la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; y el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

45 A modo de ejemplo véase el Reglamento (CE) nº 761/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental (EMAS) (DO L 114 de 24 de abril de 2001).

46 El sistema europeo de etiqueta ecológico quedó constituido en virtud del Reglamento del Consejo (CEE) nº 880/92, de 23 de marzo de 1992, relativo a un sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica, DOCE L 99 de 11 de abril de 1992. Dicho Reglamente fue posteriormente derogado y sustituido por el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 1980/2000 de 17 de julio de 2000, relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de etiqueta ecológica, DOCE L 237 de 21 de septiembre del 2000.

47 Artículo 2.23º de la Directiva 2014/24/UE. Es importante apuntar también, que el artículo 43 de la Directiva supone una novedad importante en materia de etiquetas, en tanto que las mismas trascienden ya el elemento puramente medioambiental, incorporándose la mención a modo de coletilla de «...social, u otro». Así a las etiquetas ecológicas se suman ahora también las etiquetas sociales.

48 Según el citado precepto: «se entenderá por "organismo de evaluación de la conformidad" aquel que desempeña actividades de calibración, ensayo, certificación e inspección, y que están acreditados de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 765/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo».

49 LÓPEZ TOLEDO, P. "La protección del medio ambiente en el Derecho comunitario de contratos públicos: perspectiva y situación actual". Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado. Nº 7, 2014. Pág. 24.

50 VEGA LABELLA, J.I. "D.A. 6ª" en Comentarios a la legislación de contratación pública. Coordinador Jiménez Aparicio, E. Aranzadi, Cizur Menor, 2009. Pág. 731.

51 De hecho la citada resolución insta a las instituciones públicas a integrar criterios de Comercio Justo en sus contratos públicos. Vid. artículos 22 a 24.

52 BERNAL BLAY, M.A. La igualdad de género y los contratos públicos. Observatorio de Contratación Pública. 3 de septiembre de 2012. Pág.1

53 Como ejemplo reciente, véase el Anteproyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres de la Comunidad Autónoma de Aragón, informado desfavorablemente por la JCCA aragonesa.

54 Con la excepción del apartado f) del artículo 71.1.

55 Como afirma DOMENECH PASCUAL, G. ("La valoración de las ofertas en el Derecho de los contratos públicos". Revista General de Derecho Administrativo, núm. 30, págs. 1-59), la oferta económicamente más ventajosa sólo puede ser aquella propuesta que mejor y más eficientemente satisface los intereses generales a cuyo servicio objetivo se encuentra la Administración.

56 También el artículo 202 LCSP prevé expresamente la inclusión, como condiciones especiales de ejecución del contrato, de medidas tendentes a «eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer». Algo que también se observa en el considerando 98 de la Directiva 2014/24/UE, según el cual: «Las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar…».

57 En concreto: «Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público».

58 Algo que prevé expresamente el artículo 34.2 LOI, aplicable a la Administración General del Estado.

59 Analiza de modo directo esta cuestión PINTOS SANTIAGO, J. en dos de sus trabajos: La consideración de la igualdad de género… (ob. cit. Pág. 62-63); y "Claves para la utilización de las cláusulas medioambientales". (Práctica contratación administrativa. LA LEY. Nº 134, nov-dic 2014, pág.33).

60 Obra citada «ut supra».

61 Véanse la STJUE de 9 de octubre de 2014, Sala Octava (C-641/2013); o la STJUE de 16 de septiembre de 2016.

62 Entre otros Informe JCCA 17/11, de 15 de diciembre de 2011.

63 En esta línea puede servir de ejemplo la STJUE de 20 de marzo de 1990, As. Du Pont de Nemours.

64 En esta línea se pronunciaba la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria d contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública. También MEDINA JURADO, Ob.cit., pág. 24.

ISSN: 1579-3036