

Informe 16/2015, de 4 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Algunas cuestiones derivadas de la Incorporación de aspectos sociales en los contratos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

I. ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica del Departamento de Hacienda y Administración Pública se dirige con fecha 28 de septiembre de 2015, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«La contratación pública, desde hace tiempo, se viene considerando como una herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Resulta innegable en la actualidad que, a través de la contratación pública, los poderes públicos intervienen en la vida económica, social y política del país y de las regiones.

La normativa sectorial –básica y autonómica de desarrollo- en materia de contratos públicos ofrece varias posibilidades de tomar en consideración aspectos sociales en las distintas fases (preparación, adjudicación y ejecución) el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos. Por su parte, las Directivas europeas aprobadas en febrero de 2014, de próxima transposición al Ordenamiento Jurídico, promueven la utilización estratégica de la contratación pública al permitir que las entidades contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.

Sin embargo, la práctica administrativa encuentra en ocasiones algunas dificultades para coordinar las previsiones normativas con determinados principios generales de la contratación pública.

Como Departamento al que actualmente corresponden las competencias en materia de contratación pública, y de cara a promover las reformas normativas o los cambios en la práctica administrativa que resulten oportunos, conforme al artículo 4 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, se solicita de la Junta Consultiva la emisión de un Informe, sobre las siguientes cuestiones:

Primera.- Sobre la posibilidad de incorporar en los Pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares determinadas cláusulas sociales.

En alguna ocasión (por ejemplo Informe 1/2015) la Junta Consultiva ha manifestado con carácter general que, «además de adaptarse según el objeto y tipología de contrato, la inclusión de cláusulas sociales requiere de una evaluación previa para determinar la idoneidad de incluirla e, incluso, su alcance temporal. Salvo que el Gobierno de Aragón se dote de algún instrumento normativo que establezca su obligatoriedad o, en su caso, la recomendación, de su inclusión en las licitaciones, su incorporación en cada caso dependerá de la decisión del órgano de contratación competente, valorando las circunstancias de la concreta licitación».

La cuestión que se somete a debate de la Junta es si el Pliego tipo de cláusulas administrativas particulares gozaría de suficiente fuerza normativa como para hacer obligatoria la inclusión de una determinada cláusula social, y en caso de respuesta afirmativa, qué tipo de cláusula sería la más idónea para incluir en los mencionados Pliegos tipo.

Segunda.- Sobre la posibilidad de incorporar cláusulas sociales en la definición del objeto del contrato.

Algunas Administraciones públicas han incorporado determinados aspectos sociales en la propia definición o en el contenido de sus contratos públicos. Dicha práctica consiste en adicionar, a la prestación «objetiva» que constituye el objeto del contrato (por ejemplo la limpieza de un edificio) alguna consideración de tipo social (como por ejemplo, la realización de actuaciones de inserción socio laboral para colectivos desfavorecidos). De esa manera se define el objeto del contrato de una forma, más o menos, como la siguiente: «servicio de XXXX con desarrollo de programas de inserción socio laboral del colectivo X», o «Constituye el objeto del contrato xxx, y el desarrollo de acciones positivas de género».

La cuestión que se somete al parecer de la Junta Consultiva es si resulta correcta dicha práctica, y en caso de respuesta afirmativa, cómo definir ese objeto contractual utilizando el Vocabulario Común de Contratos (CPV), ya que los códigos de prestaciones enumeran un elenco de «prestaciones objetivas» pero no permiten definir «consideraciones sociales» del propio objeto del contrato.

Tercera.- Sobre la posibilidad de establecer preferencias en la adjudicación de contratos públicos a favor de determinados colectivos.

La Disposición Adicional Cuarta TRLCSP establece la posibilidad de que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueda establecerse la preferencia en la adjudicación a favor de determinadas entidades, en concreto, 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, empresas de inserción, entidades sin ánimo de lucro, y entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo (Cfr. Apartados 2, 3, 4 y 5).

Las cuestiones que se someten al parecer de la Junta Consultiva son

a).- si, habida cuenta del carácter básico de dicha disposición adicional Cuarta (Cfr. Disposición Final Segunda TRLCSP), podría la legislación aragonesa ampliar el elenco de entidades beneficiarias de dicha preferencia en la adjudicación, para incluir a cooperativas, sociedades laborales, empresas de carácter social, UTEs de microempresas, empresas que contraten en condiciones laborales no precarias, empresas que tengan políticas retributivas igualitarias entre mujeres y

hombres, así como que faciliten la conciliación familiar, y a empresas que produzcan con energías renovables o hayan invertido en procesos de eficiencia energética

b).- si, en caso afirmativo, podría prescindirse de la condición establecida en la disposición adicional cuarta TRLCSP para que opere la antecitada preferencia en la adjudicación, esto es, «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».

Cuarta.- Sobre las posibilidades de considerar la contratación con empresas cuyos beneficios empresariales repercutan de nuevo en el territorio y tributen en Aragón.

Los criterios de adjudicación en base a los cuales identificar la oferta económicamente más ventajosa deben cumplir tres requisitos:

- Que se adviertan en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato;*
- Que estén relacionados con el objeto del contrato;*
- Que no resulten discriminatorios.*

Se somete a la consideración de la Junta Consultiva la cuestión de si aspectos como que la empresa adjudicataria repercuta los beneficios derivados del contrato (o tribute por ellos) en el territorio aragonés podrían considerarse como criterios de adjudicación, o eventualmente como condiciones de ejecución del contrato.

Quinta.- Sobre el modo en que deban incorporarse cláusulas sociales en los contratos menores.

La tramitación del procedimiento de adjudicación denominado «contrato menor», según el art. 111 TRLCSP, «sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente». La Ley 3/2011, de 24 de febrero establece como trámite adicional obligatorio (en los contratos menores de obras que superen los 30.000 euros y en los de servicios y suministros que superen los 6.000 euros excluido Impuesto sobre el Valor Añadido) la «consulta al menos a tres empresas, siempre que sea posible (salvo que solo pueda ser prestado por un único empresario), que puedan ejecutar el contrato utilizando preferentemente medios telemáticos».

Sin embargo, tal y como puede apreciarse, no hay obligación, en estos procedimientos, de elaborar un Pliego de Cláusulas Administrativas, documento en el que, de ordinario, se establecen las cláusulas sociales. La cuestión que se somete a la Junta Consultiva es de qué modo se pueden considerar aspectos sociales en estos procedimientos de adjudicación».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 4 de noviembre de 2015, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar las cuestiones planteadas, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

La Secretaria General Técnica del Departamento de Hacienda y Administración Pública es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 a) del mencionado Decreto 81/2006.

II. La integración de aspectos sociales, laborales y medioambientales en la contratación pública. La contratación pública socialmente responsable.

Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa ya ha tenido ocasión de pronunciarse, en varias ocasiones, sobre la integración de aspectos sociales, laborales y medioambientales en la contratación pública. En concreto, desde su primer informe, Informe 1/2006, de 14 de diciembre, sobre *«Buenas prácticas medioambientales a considerar en la contratación de las obras públicas»*.

La primera reflexión contenida en ese informe sigue siendo, en la actualidad, plenamente vigente, y recoge el criterio general sobre la cuestión de esta Junta Consultiva, que no es otro que *«la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede y debería ser una técnica que permitiera conseguir objetivos*

sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos».

Como es sabido, el pasado año se aprobaron y publicaron las Directivas 23, 24 y 25, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que ya están en vigor, y cuya transposición a nuestro derecho interno debe producirse en un plazo que concluye el 18 de abril de 2016. Estas Directivas inciden todavía más en estas cuestiones y requieren a los Estados miembros adoptar medidas efectivas para garantizar, en la contratación pública, el cumplimiento de los compromisos sociales legal y convencionalmente establecidos. Basta recordar en este punto que la Directiva 2014/24/UE incorpora este principio como uno de los básicos de la contratación pública en su artículo 18.2, lo que demuestra la importancia que concede a estas cuestiones.

Desde 2006, han sido numerosos los informes de esta Junta en los que, de una u otra forma, se han analizado aspectos de lo que ha dado en llamarse «*contratación o compra pública responsable*», como aquella que, promovida por el Sector Público aspira, entre sus objetivos mediatos, al impulso y fomento por el contrato público correspondiente de una mayor responsabilidad ética, social o medioambiental.

Así, —y dando por reproducidas sus consideraciones generales— nos remitimos a nuestros Informes 16/2010, de 1 de diciembre, y 16/2011, de 8 de junio, sobre la reserva de contratos en favor de Centros Especiales de Empleo y cuestiones derivadas de la participación en los contratos reservados; y a la Recomendación 2/2011, de 8 de junio, relativa a la adaptación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón para la adecuada licitación de los contratos reservados.

En cuanto a las condiciones especiales de ejecución de los contratos, las referencias parten de nuestro Informe 6/2009, de 15 de abril, de consideraciones sobre el establecimiento de criterios de carácter social en el establecimiento de condiciones especiales de ejecución de los contratos; pasando por el Informe

23/2013, de 25 de noviembre, en el que —entre otras cuestiones— se analizó la subcontratación como condición especial de ejecución del contrato; y la Recomendación 2/2013, de 25 de noviembre, relativa a los criterios de aplicación de las normas vigentes en materia de subcontratación.

Más recientemente, hay que referirse a nuestros Informes 16/2014, de 1 de octubre, emitido a solicitud del Ayuntamiento de Zaragoza, sobre incorporación en los Pliegos de los contratos de una entidad local de determinadas cláusulas sociales, y consecuencias de su eventual incumplimiento; y al Informe 1/2015, de 17 de marzo, emitido a solicitud del Departamento de Hacienda y Administración Pública, sobre Incorporación de cláusulas de contenido social, laboral y medio ambiental en los Pliegos que rigen las licitaciones de los contratos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por último, en el Informe 14/2015, de la misma fecha que el que ahora se emite, se analiza por esta Junta la posibilidad de incluir en los pliegos que rigen las contrataciones de una entidad local, cláusulas que favorezcan la contratación con empresas que mantengan una paridad salarial entre sus trabajadores, sin discriminación por razón de sexo.

De este último informe interesa reiterar en el que ahora se emite algunas consideraciones generales.

En primer lugar, el modo de abordar las cuestiones sociales en las contrataciones públicas admite varias posibilidades, compatibles entre sí.

La primera, se refiere a la inclusión de criterios sociales en el objeto del contrato mismo, o en las especificaciones técnicas, que deben satisfacer los contratistas seleccionados.

La segunda, consiste en la prohibición, bajo determinadas circunstancias, de que los licitadores consigan contratos gubernamentales si se los ha declarado culpables de actos ilícitos anteriores, a fin de evitar que los organismos públicos celebren contratos con empresas que no han logrado alcanzar una norma concreta de comportamiento social. Así como prever en los pliegos criterios de

selección relacionados con los aspectos sociales —de entre los fijados como tasados por la normativa de contratación pública—, siempre que sean demostrativos de la capacidad técnica de los operadores económicos.

La tercera, valora para la adjudicación del contrato el grado de compromiso de los licitadores con ciertas normas sociales, siempre que comporten para los poderes adjudicadores una ventaja económica ligada al objeto del contrato.

La cuarta se centra en la etapa posterior a la adjudicación del contrato, exigiendo que el adjudicatario cumpla con determinadas condiciones cuando ejecute las prestaciones objeto del mismo, siempre que no tengan un efecto discriminatorio directo o indirecto respecto de los operadores económicos.

Por último, es posible excluir de la libre concurrencia determinados contratos públicos por causas sociales, esto es, los denominados «*contratos reservados*» a determinadas entidades.

Y, en segundo lugar, que la Directiva 2014/24/UE introduce algunas aclaraciones y concreciones en materia de consideraciones sociales, pues entiende que es necesario revisar y modernizar las normas sobre contratación pública con la finalidad de «*permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes*» (considerando 2). Estas novedades deberán ser tenidas en cuenta en el desarrollo de las cuestiones concretas que aborde este informe, puesto que la Directiva 2014/24/UE está ya en vigor, y durante el plazo de transposición que finaliza el 18 de abril de 2016 tiene un efecto interpretativo sobre las normas nacionales, tal y como ha declarado el TJUE en numerosas sentencias —STJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (Asunto C-212/04) y de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13)— con el fin de preservar el efecto útil de la nueva regulación. El único límite será la interpretación *contra legem* de la normativa nacional en vigor (como ya se ha advertido en nuestro Informe 7/2015).

El concepto de «*contratación pública socialmente responsable*» engloba diversos objetivos específicos de política social, como fomentar el empleo de

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

Las diversas cuestiones que sobre la incorporación de consideraciones sociales se someten ahora a esta Junta, —a las que se tratará de dar respuesta en el cuerpo del Informe, aun cuando no necesariamente en el orden en el que han sido formuladas—, son algunas de las que surgen en el momento de incorporar estos aspectos en la gestión de la contratación, en el intento de coherenciar estas prácticas con el respeto a los principios generales de la contratación pública y al marco normativo vigente. En todo caso, hay que tener en cuenta que las cuestiones se plantean con carácter general (se alude, en todos los casos a «cláusulas sociales»), sin discriminar los distintos objetivos específicos a los que las cláusulas pueden atender, adelantando ya que las respuestas no siempre pueden ser homogéneas para los distintos objetivos.

III. Posibilidad de incorporar aspectos sociales en la definición del objeto de los contratos.

Para analizar si es posible incorporar aspectos sociales en la definición del objeto de los contratos, es útil acudir a 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) 566 final], de 15 de octubre de 2001, que continua vigente y sigue siendo un referente en la materia, destinada a explicitar las posibilidades que ofrece la normativa comunitaria aplicable a la contratación pública, con vistas a una integración óptima de los aspectos sociales. Posteriormente, la Comisión elaboró la denominada «*Adquisiciones sociales. Una Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*», de octubre de 2010 [SEC

(2010) 1258 final], que dio nuevas pautas para la incorporación en la contratación pública de aspectos sociales, y que denomina «*compra pública responsable*», en la que incluye la «*compra pública social*» y la «*compra ética y verde*».

En ambos documentos se reconoce con rotundidad que la primera ocasión de integrar aspectos sociales en un contrato público se presenta en el momento de elección del objeto del contrato, que puede adoptar la forma de una definición basada en el cumplimiento (se cita como ejemplo la compra de material o servicios informáticos adaptados a las necesidades de personas discapacitadas), aunque las posibilidades varían según los distintos tipos de contratos. Ambos documentos reconocen, también, que esta posibilidad no es ilimitada, pues el objeto de un contrato no puede definirse de tal forma que el acceso a éste quede restringido a empresas nacionales, en detrimento de los licitadores de otro Estado miembro u operadores de países con derechos equivalentes; o cuando produzca un efecto discriminatorio entre los candidatos o licitadores.

A juicio de esta Junta, esta posibilidad resulta mas o menos adecuada no solo en función del tipo de contrato (obras, suministros o servicios) —como indica la Comisión— sino en razón de los específicos objetivos sociales perseguidos. Por ejemplo, en el caso del objetivo que incorpora criterios de comercio justo y compra pública ética, no es difícil encontrar licitaciones en las que, adecuadamente y dentro del margen de libertad reconocido en este punto a los poderes adjudicadores, el objeto del contrato se defina del modo siguiente: «*Servicio de máquinas de vending con productos (café, té y azúcar) de comercio justo*», «*Servicios de catering que incluyan el suministro de productos de comercio equitativo*», etc.

Otros ejemplos, como los expresamente mencionados en la solicitud de informe, «*Servicio de XXXX con desarrollo de programas de inserción socio laboral del colectivo X*», o «*Constituye el objeto del contrato xxx, y el desarrollo de acciones positivas de género*», incorporan formalmente la preocupación social en el objeto de los contratos, pero realmente no es mas que la anticipación de obligaciones

que se recogerán como condiciones especiales de ejecución de éstos, en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.

Hay que tener en cuenta, además, que incorporar al objeto del contrato aspectos sociales se encuentra íntimamente unido con la segunda de las posibilidades analizadas en los referidos documentos, la de la utilización de las especificaciones técnicas (tanto las que reflejan la normativa en materia social, como las de «*connotación social*», en los términos de la Comunicación), en las que se defina con mayor precisión el objeto de la compra o de la prestación, con idénticos límites a los señalados.

La Directiva 2014/24/UE aclara y concreta en este punto, en su considerando 75, que los poderes adjudicadores que deseen adquirir obras, suministros o servicios con determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo deben poder remitirse a etiquetas concretas y, en este sentido, el artículo 43 dispone expresamente que en estos casos las podrán exigir «*en las especificaciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato (...) como medio de prueba de que las obras, servicios o suministros corresponden a las características exigidas*», siempre que se cumplan todas las condiciones que el mismo precepto prevé. Cuando los poderes adjudicadores no exijan la etiqueta como tal, porque aun cumpliendo las condiciones establezca requisitos no vinculados al objeto del contrato, podrán definir las especificaciones técnicas por referencia a las especificaciones detalladas de esa etiqueta o, en su caso, a partes de estas, que estén vinculadas al objeto del contrato y sean adecuadas para definir las características del objeto del contrato.

Se resuelven así en la Directiva, con una regulación mas detallada, las dudas que sobre la referencia a etiquetas concretas, se suscitaron en el pasado, por lo que las consideraciones a esta cuestión contenidas en la Guía de la Comisión de 2010 hay que analizarlas a la luz de la nueva regulación.

De tal modo que, definiciones del objeto del contrato como las apuntadas, que incorporan menciones a productos basados en un comercio equitativo, deben

completarse con especificaciones técnicas en las que se definan los criterios de sostenibilidad relevantes y su acreditación, en los términos previstos en las Directivas y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión (relevante, en este punto, la Sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012, Comisión contra Holanda, Asunto C-368/10).

Sentada la adecuación de la práctica, se cuestiona en la solicitud de informe la compatibilidad de la misma con la definición del objeto contractual utilizando el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), sobre la base de que *«los códigos de prestaciones enumeran un elenco de “prestaciones objetivas” pero no permiten definir “consideraciones sociales” del propio objeto del contrato»*.

Pues bien, debe insistirse en que, a juicio de la Comisión, ninguna de las Directivas de contratación limita el objeto de los contratos como tales, teniendo los poderes adjudicadores *«libertad para definirlo de cualquier forma que satisfaga sus necesidades»* (apartado III, 2 de la Guía de la Comisión de 2010); sin que un Reglamento, cuya finalidad es mejorar la transparencia de los contratos públicos sujetos a las directivas comunitarias y eliminar los obstáculos lingüísticos, pueda limitar este objeto.

El artículo 23 de la Directiva 2014/24/UE determina que *«toda referencia a nomenclaturas en el marco de la contratación pública se hará utilizando el “Vocabulario común de contratos públicos (CPV)” aprobado por el Reglamento (CE) nº 2195/2002»*. El Reglamento (CE) nº 2195/2002 atribuye al CPV, como principal función, la determinación del objeto del contrato resumido por la acción a desarrollar e identificado por un código. Con ello se pretende lograr una mayor apertura del mercado, dado que la transparencia facilita la concurrencia de las empresas a las licitaciones públicas, y favorece el desarrollo de SIMAP, como herramienta fundamental para la preparación, envío y publicación de los anuncios en el DOUE. Se evitan, además, los errores de traducción de los anuncios en cuanto se refiere al objeto del contrato, ayuda en la elaboración de estadísticas, y constituye un valioso vehículo de información a las empresas, entre otras ventajas.

Aunque este Reglamento es detallado y extenso, y trata de cubrir todas las necesidades de suministros, trabajos y servicios, la estandarización de referencias en la descripción del objeto de los contratos no siempre se corresponde exactamente con el objeto del contrato a licitar (no puede desconocerse el dato de que el CPV ha ido evolucionando en función de los cambios del mercado para mantener su eficacia, y seguirá haciéndolo en el futuro).

Nada impide, por tanto, una «precisión social» del objeto del contrato, pues con ello no se afecta a la regla de transparencia pretendida por el CPV. La concreción «social» no desnaturaliza, ni esconde, el objeto principal de la prestación, ni implica una barrera de entrada contraria a la función del CPV. La fijación del código CPV cumplirá la información de facilitar el conocimiento de la licitación, y el operador económico interesado que haya localizado la licitación por búsqueda CPV podrá comprobar fácilmente la existencia de ese «perfil social» del objeto y, en función del mismo, decidirá si presenta o no su oferta.

Volviendo a los ejemplos de licitaciones que incorporan en su objeto criterios de comercio justo y compra pública ética, el CPV a identificar en las licitaciones será el que se corresponda con el servicio o suministro que mas encaje en su objeto (así por ejemplo CPV 55523000-2 en el caso de «*Servicios de catering que incluyan el suministro de productos de comercio equitativo*»), sin perjuicio de que en las especificaciones técnicas del contrato se incluyan los criterios de sostenibilidad relevantes y su acreditación.

IV. Posibilidad de establecer preferencias en la adjudicación de contratos públicos a favor de determinados colectivos.

Con carácter previo conviene aclarar que esta «preferencia» se refiere exclusivamente a los supuestos de desempate de oferta, pues no es posible establecer «derechos preferentes» con valoración independiente para adjudicar el contrato, tal y como se recuerda, entre otras, en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 587/2014, de 30 de julio y en la Sentencia del Tribunal Supremo 4560/2014, de 31 de octubre.

Son dos las cuestiones concretas que en este punto se plantean a la Junta. En primer lugar, si considerando el carácter básico de la Disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), puede el legislador aragonés ampliar el elenco de entidades beneficiarias de dicha preferencia en la adjudicación, para incluir a cooperativas, sociedades laborales, empresas de carácter social, UTE de microempresas, empresas que contraten en condiciones laborales no precarias, empresas que tengan políticas retributivas igualitarias entre mujeres y hombres, así como que faciliten la conciliación familiar, y a empresas que produzcan con energías renovables o hayan invertido en procesos de eficiencia energética.

Esta Junta Consultiva ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la regulación del empate entre proposiciones más ventajosas en la normativa aplicable a los contratos públicos, y sobre la entonces vigente regulación específica de la cuestión para la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 7/2010, de 23 de junio. En dicho informe se señalaba, entre otras consideraciones, que ni existía en la disposición —entonces la adicional sexta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP)— un único criterio de desempate, ni tampoco se establecían una serie de criterios ordenados que se fueran aplicando subsidiariamente, sino que eran alternativas que quedaban a elección del órgano de contratación. Además, la LCSP no regulaba un criterio de desempate de aplicación subsidiaria en los casos en que no se había previsto dicha eventualidad en los pliegos, o en los que aun habiéndose previsto persistía el empate.

Con posterioridad a la emisión de este Informe 7/2010, se aprobó por las Cortes de Aragón la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante Ley 3/2011), optando la misma por integrar la laguna de la LCSP, en los términos recogidos en su artículo 12; y en nuestro Informe 7/2012, de 7 de marzo, relativo a cuestiones derivadas de los criterios de resolución de empates en la valoración de las ofertas.

Finalmente, el TRLCSP optó por integrar, con redacción idéntica, el contenido del artículo 70 bis LCSP, como apartado primero de la Disposición adicional cuarta del texto refundido, relativa a la «*Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y entidades sin ánimo de lucro*», y establecer, en los apartados segundo a quinto, preferencias en la adjudicación de los contratos a las proposiciones presentadas por determinadas empresas, siempre que igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación. Estas empresas son las 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 y, si diversas empresas acreditan tener este porcentaje superior al 2 por 100, la que disponga del porcentaje más alto de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla; empresas de inserción que cumplan los requisitos establecidos en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, por tener esta consideración; entidades sin ánimo de lucro, en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial; y entidades reconocidas como organizaciones de comercio justo, en la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los cuales haya alternativa de comercio justo.

Sigue así en la actualidad plenamente vigente la conclusión de que no existe en la Disposición adicional cuarta del TRLCSP un único criterio de desempate, ni tampoco se establecen una serie de criterios ordenados que se van aplicando subsidiariamente, sino que son alternativas que quedan a elección del órgano de contratación. Son, además, previsiones de dudosa eficacia práctica, al limitar o condicionar su aplicación a una eventual y poco probable situación de empate en la determinación de la oferta económicamente más ventajosa.

Existe además normativa sectorial en la que se contienen cláusulas de adjudicación adicional o de preferencia en la adjudicación de los contratos del sector público, a incluir de forma potestativa por los órganos de contratación en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares. Por ejemplo, en la Ley

Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI), con respecto a contratos de la Administración General del Estado (artículo 34), para las empresas que acrediten buenas prácticas en materia de igualdad de género. Aun cuando, como ya señaló esta Junta en su Informe 7/2012, diversas circunstancias imposibilitan obtener de este precepto un detalle de cuales son esas concretas buenas prácticas en materia de igualdad de género, sin duda podrían incluirse algunas de las señaladas en la solicitud de informe, a saber, *«empresas que tengan políticas retributivas igualitarias entre mujeres y hombres, así como que faciliten la conciliación familiar»*. Otro ejemplo, en nuestra Comunidad Autónoma, es la Ley 9/2014, de 23 de octubre, de Apoyo a las Familias de Aragón, que prevé en su artículo 7 un criterio de preferencia para las empresas que establezcan a favor de sus trabajadores medidas de conciliación continuadas en el tiempo.

Pues bien, partiendo del carácter dispositivo de la previsión (las preferencias no resultan de aplicación a las licitaciones cuyos pliegos no las han previsto y éstos pueden establecer otras distintas), no parece que la decisión del legislador autonómico de ampliar el elenco de entidades beneficiarias de la preferencia en los términos apuntados —cooperativas, sociedades laborales, empresas de carácter social, UTE de microempresas, empresas que contraten en condiciones laborales no precarias, y a empresas que produzcan con energías renovables o hayan invertido en procesos de eficiencia energética— infrinja la legislación básica estatal, siempre que se respeten los principios del Derecho europeo de la contratación pública, que limita esta preferencia en el respeto al principio de igualdad de trato. Por todas, Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2005 (INSALUD), que condenó a España por entender que existe discriminación al afirmar que *«el artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego condiciones (...) que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo*

necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional”).

En todo caso, se amplíe o no por Ley autonómica el elenco de entidades, se debe insistir en la necesidad de efectuar la determinación de los criterios de desempate en función de los objetos contractuales y de las tipologías de empresas llamadas a participar en las licitaciones correspondientes; así como el hecho de que estos criterios se pueden referir tanto a la preferencia en la adjudicación en los términos y supuestos previstos en la legislación aplicable; como la preferencia en la adjudicación a favor de la proposición que haya obtenido una mejor puntuación en un criterio de adjudicación concreto —que podría ser el criterio al cual se le haya otorgado una mayor ponderación, o bien otro criterio relevante a efectos de la adjudicación del contrato—; como a la aplicación del sorteo, en último término.

Se plantea también a la Junta, si, en caso afirmativo, podría prescindirse de la condición establecida en la Disposición adicional cuarta TRLCSP para que opere la preferencia en la adjudicación, esto es, *«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»*.

En este punto, como ya se ha anticipado, la respuesta es clara y contundente. Para que operen estas preferencias en la adjudicación de los contratos, que evidentemente constituyen una excepción a las reglas de concurrencia competitiva, es requisito *sine qua non* que se produzca la igualdad de términos en las proposiciones más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación, por lo que solo pueden actuar como criterios de desempate entre ofertas.

V. Sobre las posibilidades de considerar la contratación con empresas cuyos beneficios empresariales repercutan de nuevo en el territorio, o tributen en Aragón.

Se solicita criterio de esta Junta sobre si es compatible con los principios rectores de la contratación pública incorporar, como criterio de adjudicación de

un contrato, que la empresa adjudicataria repercuta los beneficios derivados de éste (o tribute por ellos) en el territorio aragonés.

Hay que volver a recordar en este punto que el Derecho europeo persigue, como uno de sus objetivos básicos, asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, y así se recoge en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, en los siguientes términos:

« Artículo 18

Principios de la contratación

1. Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos».

Como es también sabido, con la fijación de los criterios de adjudicación se pretende una comparación de ofertas que favorezca o posibilite la economía de escala, a fin de conseguir la oferta económicamente más ventajosa, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato. Este principio de igualdad de trato es tan relevante que se erige en la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como se ha puesto de relieve en las Sentencias TJUE de 12 de diciembre de 2002 (Universale-Bau y otros), y de 19 de junio de 2003 (GAT).

De la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE) y de la Jurisprudencia del TJUE se concluye que son cuatro las condiciones que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público:

- a) Deben estar vinculados al objeto del contrato.
- b) Deben publicarse previamente.

- c) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.
- d) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.

En la Sentencia TJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), se señala:

«66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67. Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las

condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».

Y la STJUE de 9 de octubre de 2014 (España/Comisión As. T-2/07), afirma que la experiencia, las cualificaciones y los medios a emplear como criterios de adjudicación, son manifiestamente ilegales, por no estar vinculados al objeto del contrato, ni favorecer la determinación de la oferta económicamente más ventajosa .

A la luz de estos parámetros interpretativos, es evidente que el criterio de que la empresa adjudicataria repercuta los beneficios derivados del contrato (o tribute por ellos) en territorio aragonés es discriminatoria, pues evalúa las ofertas en función de características de las empresas licitadoras, en este caso su domicilio social o la repercusión de beneficios en un concreto territorio. Supone, además, una limitación al principio de concurrencia, que todo procedimiento de licitación debe generar. Por último, es difícil imaginar la vinculación de este criterio con un objeto contractual típico.

Idéntica conclusión se alcanza al analizar la posibilidad de incorporar esta circunstancia, no ya como criterio de adjudicación, sino como condición especial de ejecución del contrato. Como ya tuvo ocasión este Junta de manifestar en su Informe 6/2009, de 15 de abril, existen dos límites infranqueables en la fijación de condiciones especiales de ejecución del contrato: de un parte el principio de igualdad y no discriminación —que no sean directa o indirectamente discriminatorias— y, de otra parte, el principio de publicidad —que el contenido de las citadas cláusulas se señale en el anuncio de licitación y en el pliego de

condiciones—. La cláusula que se propone es directamente discriminatoria y, además, el hecho de repercutir la empresa beneficios (o tributar por ellos) en territorio aragonés, no es una cláusula de carácter social.

VI. Posibilidad de incorporar en los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares de la Administración autonómica determinadas cláusulas sociales.

Se hace eco la solicitud de informe de una de las consideraciones contenidas en el Informe 1/2015 de esta Junta, cuando en el análisis de inclusión de una concreta cláusula señala que *«además de adaptarse según el objeto y tipología de contrato, su inclusión requiere de una evaluación previa para determinar la idoneidad de incluirla e, incluso, su alcance temporal. Salvo que el Gobierno de Aragón se dote de algún instrumento normativo que establezca su obligatoriedad o, en su caso, la recomendación, de su inclusión en las licitaciones, su incorporación en cada caso dependerá de la decisión del órgano de contratación competente, valorando las circunstancias de la concreta licitación»*, para plantear si los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares de la Administración autonómica gozarían de fuerza normativa para incluir una determinada cláusula social, y cual sería la mas idónea.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares pueden incluir cláusulas sociales de acuerdo con lo previsto en el TRLCSP, sin necesidad de una norma reglamentaria previa.

Ahora bien, los Pliegos tipo de los contratos y procedimientos utilizados habitualmente por los diversos órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, constan de una caratula, un clausulado general y distintos Anexos, en donde se concretan aspectos específicos de cada licitación, como pueden ser las reglas de solvencia, los criterios de adjudicación, las condiciones especiales de ejecución etc. Por ello, no es posible incorporar aspectos sociales en su clausulado general, que resulten aplicables a todos los procedimientos en los que estos Pliegos tipo se utilizarán, porque los criterios sociales deben estar vinculados al objeto del contrato.

Si se quieren incorporar consideraciones sociales en las especificaciones técnicas, será el Pliego de Prescripciones Técnicas que rija la ejecución del contrato el instrumento oportuno.

De la misma forma, si se trata de la incorporación de consideraciones sociales en el objeto del contrato; la fijación de criterios de selección relacionados con aspectos sociales; y/o criterios de adjudicación que primen el grado de compromiso de los licitadores con ciertas normas sociales; incorporación de condiciones especiales de ejecución de este carácter; o cláusulas de preferencia en caso de empate, serán los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (cumplimentando, en su caso, los correspondientes Anexos de los Pliegos tipo) los instrumentos idóneos para su incorporación.

Pero siempre insistiendo en la idea ya indicada en los Informes de esta Junta 16/2014 y 1/2015. Deben ser los órganos de contratación los que, valorando las circunstancias de la concreta licitación, decidan la incorporación, o no, de una consideración social. Es decir, los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares de la Administración autonómica posibilitan, pero no obligan, ni debe ser esa su función, la incorporación de consideraciones sociales en las licitaciones que rigen.

Por último, la cuestión sobre qué tipo de cláusula social es la más idónea para incluir en un Pliego no puede resolverse por esta Junta Consultiva, pues solo puede hacerse atendiendo a cada concreta licitación.

VII. Modo en que pueden incorporarse cláusulas sociales en los contratos menores.

Resta por resolver una última cuestión sobre cómo pueden incorporarse consideraciones sociales en los contratos menores, habida cuenta de las características de su tramitación, en particular la inexistencia de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Como ya señaló esta Junta en su Informe 16/2012, de 19 de septiembre, la finalidad del contrato menor en el TRLCSP es posibilitar a las Administraciones

Públicas una rápida satisfacción de aquellas necesidades que, por su escasa cuantía y duración temporal, resulte necesario adjudicar de manera directa a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, a través de un procedimiento sencillo y ágil, en el que se excepcionan los principios de publicidad y concurrencia.

La normativa aragonesa en materia de contratos impone, además, la obligación que recoge el artículo 4 Ley 3/2011, la necesidad de consulta al menos a tres empresas, siempre que ello sea posible, utilizando para ello preferentemente medios telemáticos, cuando su cuantía antes de IVA sea superior a 30.000 euros en el supuesto de obras, o 6.000 euros en los suministros y servicios.

Con esta configuración, y con las especialidades de tramitación que les son propias, es precisamente en estos contratos donde alguna de las posibilidades de incorporar consideraciones sociales puede ser más oportuna y sencilla. Así, de las distintas posibilidades para abordar la inclusión de aspectos sociales en los contratos, son los contratos menores los idóneos para incorporar consideraciones sociales en su objeto o especificación técnica (documento que siempre deberá existir, aun cuando no con el alcance y extensión propios de un contrato «mayor»). También constituyen un ámbito apropiado para la reserva de contratos a favor de Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción. En todo caso, mediante la contratación menor no se podrán desvirtuar los principios inherentes a todo contrato público y deberá garantizarse la igualdad de trato y la eficiencia.

III. CONCLUSIONES

- I. La contratación pública socialmente responsable es una herramienta muy eficaz para avanzar en el desarrollo sostenible, y para alcanzar los objetivos sociales de la UE y de los Estados miembros,

permitiendo que los poderes adjudicadores incorporen a la contratación pública aspectos sociales. El modo de alcanzar una contratación pública socialmente responsable admite varias posibilidades, compatibles entre sí.

- II.** La primera ocasión de integrar aspectos sociales en un contrato público se presenta en el momento de elección del objeto del contrato, o en la fijación de sus especificaciones técnicas. Esta posibilidad es más o menos adecuada no solo en función del tipo de contrato, sino en razón de los específicos objetivos sociales perseguidos, sin que la obligada cumplimentación del CPV constituya un obstáculo a la misma.
- III.** El carácter dispositivo de las preferencias recogidas en la Disposición adicional cuarta del TRLCSP posibilita que el legislador autonómico pueda ampliar el elenco de entidades beneficiarias, sin que en ningún caso se pueda excepcionar el requisito de que se produzca la igualdad de términos en las proposiciones mas ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.
- IV.** Un criterio de adjudicación que valore que la adjudicataria repercuta los beneficios derivados del contrato (o tribute por ellos) en un determinado territorio, es discriminatorio y contrario a los principios generales de la contratación pública. Idéntica consideración merece una condición especial de ejecución en tal sentido.
- V.** Los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares de la Administración autonómica posibilitan, pero no obligan, ni debe ser esa su función, la incorporación de consideraciones sociales en las licitaciones que rigen.
- VI.** Los contratos menores admiten la incorporación de consideraciones sociales, pero ello puede exigir trámites procedimentales adicionales sobre los legalmente previstos.

Informe 16/2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 4 de noviembre de 2015.