

CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE: LA EXIGENCIA DE UN SALARIO MÍNIMO COMO CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN

Beatriz Gómez Fariñas

Investigadora FPU de Derecho Administrativo
Universidad de Vigo

RESUMEN

La contratación pública se ha revelado en los últimos años como una herramienta esencial para fomentar determinadas políticas públicas de carácter social. El fuerte impulso que su dimensión estratégica ha recibido a nivel legal y jurisprudencial hace que sea posible exigir a las empresas que operan en el mercado el cumplimiento de un determinado estándar en materia social en las distintas fases contractuales. El objetivo de este trabajo es analizar la inclusión de consideraciones sociales como condiciones especiales de ejecución del contrato y, en particular, dar cuenta de la posibilidad de emplear este mecanismo para garantizar el pago de un salario mínimo.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, cláusulas sociales, condiciones de ejecución, salario mínimo, competencia.

CLAVES ECONLIT: K12, K23, H57, A13, L31.

SOCIALLY RESPONSIBLE PUBLIC PROCUREMENT: THE REQUIREMENT OF A MINIMUM WAGE AS A PERFORMANCE CONTRACT CONDITION

EXPANDED ABSTRACT

Public procurement has been traditionally understood as a simple mechanism through which contract authorities purchase the goods and services they need in order to develop their functions properly. However, in recent years the conception and foundation of public purchases have undergone a major transformation. The importance of this sector makes it a powerful legal tool to promote –in an indirect and complementary way– social, environmental and innovation objectives. This strategic use of public procurement channels the behaviour of economic operators towards sustainable business models that allow a better realisation of general interests. An appropriate use of this large amount of resources is undoubtedly one of the most effective market intervention techniques.

The inclusion of social considerations in public procurement regulations and practices is not new. The European Union has stressed in several occasions the need to make a strategic use of public procurement through various *soft-law* documents. Even though the 2004 Directives already mentioned this possibility, the adoption of a new package of Directives in this field in 2014 has been decisive in the consolidation process of the strategic public procurement. In that sense, Directive 2014/24/UE identifies the use of public procurement in support of common social objectives as one of its fundamental purposes and encourages the Member States to embrace a smart, sustainable and inclusive model of public purchases.

In the Spanish legal system, the legislator has made a firm commitment to move towards socially responsible public procurement. The new Public Sector Contracts Law considers the transversal and mandatory inclusion of social and environmental criteria in all procurement procedures, provided that they are linked to the subject-matter of the contract and respectful of the core principles of public procurement. In particular, the promotion of public policies through this sector should necessarily be reconciled with another of its priority objectives, as the guarantee of broad competition in the market.

According to the Spanish law, the inclusion of such criteria can take place throughout the different stages of the procurement procedure. However, the most appropriate moment to require compliance with certain social standards is the execution stage of the contract. Their configuration as performance conditions means that all tenderers

must undertake, when submitting their tenders, to comply with a number of requirements relating to the manner in which the provision is to be performed. Unlike in the case of selection criteria and contract award criteria, which are likely to limit significantly the rights of tenderers, this mechanism has a limited impact on competence and ensures the effectiveness of the equal treatment principle. In fact, the Spanish law states that any tender for a public contract must include –at least– one social, environmental or innovation-related performance condition.

In any circumstances, the contracting authority should analyse the convenience of including these conditions in each case and assess their impact on the rights of the economic operators. Not all public contracts allow the inclusion of social criteria, but this possibility will mainly depend on the nature of the provision and the way it is designed. The admissibility of the performance conditions is subject to the compliance with some requirements. On one hand, they should be linked to the subject-matter of the contract; that is to say, their inclusion should be directly related to the provision or its production process. On the other hand, they need to be duly indicated in the call for competition and in the procurement documents, so that companies interested in the tender are aware of their existence. Finally, they have to observe the principles of equal treatment, non-discrimination and proportionality.

The effectiveness of the strategic dimension of public procurement to a large extent depends on the correct performance of the provision. The contracting authority must check that the contractor complies with all the conditions laid down in the contract and, in particular, with those concerning social aspects. For that purpose, a series of indicators should be established to measure the real impact of procurement on the specific public policy that it is intended to promote. Moreover, the procurement documents have to state clearly the consequences that the breach of this commitment will have for the contractor, such as the imposition of penalties or the termination of the contract. Otherwise, socially responsible public procurement would not be a reality, but a missed opportunity.

The possibility of using public procurement in order to safeguard workers' rights and fight against job insecurity has generated an intense discussion. Requiring the contractor to pay a minimum wage to the staff assigned to the performance of the contract has been criticized due to the risk of interference with the right to freedom of enterprise. However, the jurisprudence has taken an increasingly favourable position to the admission of such conditions. Initially the Court of Justice of the European Union considered that this measure constituted a disproportionate restriction of the fundamental free-

doms provided for in the Treaty on the Functioning of the European Union and, therefore, was not in conformity with European law. But over time the Court has left this restrictive approach behind and come out in favour of the use of public procurement to fight against the wage inequality in the *RegioPost* case. Nevertheless, the possibilities and limits of this measures have not yet been clarified. The outcome of this approach for the Spanish legal system has been a lack of consensus among the administrative courts for contractual appeals, which creates uncertainty for the various participants in the procurement procedure.

KEY WORDS: Public procurement, social clauses, performance conditions, minimum wage, competition.

SUMARIO

1. La visión estratégica de la contratación pública: hacia un modelo de compras inteligente, sostenible e integrador. 2. La inclusión de consideraciones sociales en las compras públicas: en particular, su configuración como condiciones especiales de ejecución. 2.1. La necesaria vinculación al objeto del contrato. 2.2. El cumplimiento de las obligaciones de publicidad y transparencia. 2.3. La observancia de los principios rectores de la contratación pública. 2.4. La supervisión del cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución. 3. Las condiciones especiales de ejecución como herramienta para combatir la desigualdad salarial. 3.1. La oscilante doctrina del TJUE en relación con la protección de un salario digno. 3.2. El panorama actual en nuestro país: oportunidades y cautelas. 4. Conclusiones. Bibliografía.

1. La visión estratégica de la contratación pública: hacia un modelo de compras inteligente, sostenible e integrador

La contratación pública constituye hoy en día un sector estratégico en la economía de los distintos países¹. El gran crecimiento que ha experimentado en los últimos años, en buena medida debido a su carácter dinámico e innovador, ha derivado en su consideración como un pilar esencial para el desarrollo económico y social. El ingente volumen de recursos que moviliza este sector ha impuesto un cambio de paradigma que supone dejar atrás la tradicional concepción de las compras públicas como una mera fórmula de abastecimiento basada en el factor precio para avanzar hacia una visión instrumental de la misma². A pesar de que su objetivo principal sigue siendo la adquisición por parte de los entes del sector

1. En atención a los datos publicados por la Comisión Europea, en el año 2015 las compras públicas en el marco de la Unión Europea se cifraron en 2015.3 billones de euros (excluidos los servicios públicos), lo que supone un incremento del 4,2% respecto del año anterior. Además, se estima que esta actividad representa un promedio del 13% del PIB de los distintos Estados miembros. Estos datos han sido extraídos del documento de la Comisión Europea *Public Procurement Indicators 2015*, de 9 de diciembre de 2016, disponible en el siguiente enlace: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/20679/attachments/1/translations/en/renditions/pdf> [Fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].

2. GALLEGO CÓRCOLES, I.: “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Revista Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 4, 2017, págs. 93-96.

público de los bienes y servicios necesarios para desarrollar correctamente sus funciones³, nada obsta para que —al mismo tiempo y de forma complementaria— se utilice la contratación para promover otros fines o políticas públicas de carácter social, medioambiental o relacionadas con la innovación⁴.

A través de la incorporación de estos «objetivos secundarios u horizontales»⁵ los poderes públicos llevan a cabo una política de intervención en la vida económica, social y política del país orientada hacia una mayor satisfacción del interés general⁶. En este sentido, el mercado de las compras públicas goza de la entidad suficiente para encauzar el comportamiento de los operadores económicos hacia

3. Sobre el concepto de contratación pública, véase ARROWSMITH, S.: *Public Procurement Regulation: an introduction*, University of Nottingham, Nottingham, 2010, pág. 1; y TREPTE, P.: *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pág. 27.

4. El carácter instrumental de la contratación pública ha sido defendido —entre otros— por GIMENO FELIÚ, J. M.: *El Nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 39; MEDINA ARNÁIZ, T.: “La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012, págs. 213-240; y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: “La contratación del sector público como política pública”, en *Contratación Pública Estratégica* (Dir. Juan José Pernas García), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 31-44. En el mismo sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 16/2015, de 4 de noviembre, de acuerdo con el cual “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” (pág. 4).

5. La terminología utilizada por la doctrina para referirse a este tipo de políticas públicas ha sido variada. ARROWSMITH muestra una clara preferencia por el término “políticas horizontales” al entender que es lo suficientemente genérico como para incluir todo tipo de políticas (económicas, sociales, medioambientales, etc.) y, a diferencia del término “secundarias”, no implica una subordinación de las mismas respecto del objetivo principal de la contratación pública. Por su parte, TERESA MEDINA utiliza el término “objetivos secundarios” para referirse a aquellos objetivos que, a pesar de que no justifican la contratación, conllevan una mejora con respecto a la situación preexistente. A este respecto, véase ARROWSMITH, S.: “Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy”, *Journal of Public Procurement*, vol. 10, núm. 2, 2010, págs. 149-150; y MEDINA ARNÁIZ, T.: “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2010* (Dir. José María Gimeno Feliú), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 46.

6. GIMENO FELIÚ, J. M.: “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2017, pág. 243.

modelos empresariales más sostenibles y socialmente responsables⁷. Aquellos licitadores que deseen establecer vínculos contractuales con el sector público deberán cumplir necesariamente con las exigencias marcadas por los órganos de contratación. No cabe duda de que la expectativa de convertirse en contratista constituye un importante estímulo para adoptar compromisos en materia de responsabilidad social e invertir en soluciones innovadoras, favoreciendo la creación de mercados con conciencia social⁸. A su vez, esta dimensión estratégica de la contratación pública abre las puertas a la incorporación de nuevos actores en el mercado, como las Entidades de Economía Social, que debido a sus peculiaridades se encuentran especialmente preparadas para asumir este tipo de retos⁹.

El uso estratégico de la contratación pública aporta un indudable valor añadido a la actividad contractual que va más allá de la finalidad específica de cada contrato individualmente considerado¹⁰. Con todo, no puede ignorarse que la introducción de criterios no económicos en el procedimiento de contratación es susceptible de entrar en conflicto con otros objetivos fundamentales, especialmente con los principios de eficiencia y competencia. Las principales reticencias a la incorporación de políticas horizontales en la contratación pública se encuentran ligadas a la idea de que estas medidas positivas suponen un incremento de los costes que han de ser asumidos por las entidades contratantes. Esta postura, sin embargo, parte de una concepción cortoplacista del principio de eficiencia que únicamente toma en consideración factores económicos y pretende la obtención de prestaciones al menor precio posible, sin dejar espacio a la valoración de aspectos rela-

7. MEDINA ARNÁIZ, T.: “Comprando para asegurar nuestro futuro (...)”, *op. cit.*, pág. 45.

8. Documento de la Comisión Europea *Adquisiciones sociales. Una Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, págs. 9-10. La escasa aplicación de una política integral en materia de responsabilidad social en el tejido empresarial español ha sido puesta de relieve por VARGAS SÁNCHEZ, A. y VACA ACOSTA, R.M.: “Responsabilidad Social Corporativa y cooperativismo: vínculos y potencialidades”, *CIRIEC-España, Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 53, 2005, pág. 252.

9. GRIMALDOS GARCÍA, M. I.: “El impulso de la responsabilidad social de la empresa en las entidades de economía social: los deberes de los administradores de las sociedades laborales como caso paradigmático”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 33, 2018, pág. 10.

10. MEDINA ARNÁIZ, T.: “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2018* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pág. 255.

cionados con la calidad o las repercusiones socio-económicas de la decisión¹¹. En este contexto, resulta imprescindible interpretar el citado principio desde una nueva perspectiva que ponga en valor la consecución de objetivos sociales, medioambientales y relacionados con la innovación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos¹². Esta nueva visión de un gasto público más eficiente resulta plenamente coherente con las iniciativas de la *Estrategia Europa 2020*¹³, donde se aboga por un crecimiento a largo plazo en el cual ya no cabe hablar en términos de gasto, sino de inversión¹⁴.

Es evidente que esta reformulación ha de ir acompañada de un marco normativo consistente que fije las posibilidades y límites de la contratación pública estratégica, aportando una mayor seguridad jurídica en su aplicación. A continuación veremos que las instancias europeas han apostado con firmeza por la implantación de un modelo de compras públicas orientado a garantizar unos estándares mínimos de bienestar social. La ciudadanía demanda cada vez más que los poderes públicos adopten una actitud comprometida con las necesidades de la sociedad, si bien esta “sensibilidad social” no ha de afectar de forma excesiva a los intereses económicos de las empresas que operan en el mercado¹⁵. Debe recordarse que la gran meta de la Unión Europea es la apertura del mercado único

11. PERNAS GARCÍA, J. J.: “La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público”, en *La contratación pública a debate: presente y futuro* (Dir. Rafael Fernández Acevedo; Patricia Valcárcel Fernández), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 346.

12. GIMENO FELIÚ, J. M.: *El Nuevo paquete legislativo comunitario (...), op. cit.*, pág. 39.

13. Comunicación de la Comisión *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, de 3 de marzo de 2010 [COM(2010) 2020].

14. GIMENO FELIÚ, J. M.: “La calidad como nuevo paradigma de la contratación pública”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 159, 2019, pág. 3. En la misma línea, FERNÁNDEZ ACEVEDO sostiene que este nuevo concepto de eficiencia “conjuga la búsqueda del menor precio con la del mayor beneficio social, es decir, la obtención de la máxima rentabilidad social y ambiental de las inversiones públicas con el menor gasto posible”. Cfr. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: “Incorporación cláusulas ambientales en la contratación pública”, en *Compra Pública Verde* (Dir. Ximena Lazo Vitoria), Atelier, Barcelona, 2018, pág. 32.

15. En este sentido, MIRANZO DÍAZ, J.: “La contratación pública como motor de cohesión social tras la ley 9/2017”, *Gabilex*, núm. Extra 1, 2019, págs. 207-228; y PERNAS GARCÍA, J. J.: “Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde”, en *Observatorio de políticas ambientales 2014* (Coord. Fernando López Ramón), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 449.

a la más amplia competencia¹⁶, de ahí que sea necesario lograr un equilibrio entre esta visión pro-competitiva de la contratación y la satisfacción de otras políticas públicas, ya sean europeas o domésticas.

2. La inclusión de consideraciones sociales en las compras públicas: en particular, su configuración como condiciones especiales de ejecución

La oportunidad de avanzar hacia una contratación pública socialmente responsable ha sido impulsada por la Unión Europea desde tiempos tempranos. El punto de arranque de la integración de esta perspectiva en los contratos públicos puede situarse en la publicación del Libro Verde *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*¹⁷ en el año 1996, en el que se exponen interesantes argumentos a favor de la ampliación de los considerados objetivos tradicionales del sector. Ya entonces se destacaba el importante papel que la normativa en materia de contratación pública está llamada a desempeñar en la consecución de objetivos de política social. Pero sin duda el impulso definitivo a la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública llegaría en el año 2001 con la aprobación de la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*¹⁸, que ofrecía propuestas concretas para alcanzar este objetivo a la luz del marco jurídico comunitario.

Este progresivo avance en el desarrollo de una contratación responsable ha estado motivado, en buena medida, por los pronunciamientos favorables de la

16. Tal y como asevera DÍEZ SASTRE, “el derecho de la contratación pública debe evitar una adjudicación contraria a los principios de competencia, transparencia, igualdad y no discriminación, fundamentalmente. Desde esta perspectiva, el principio de competencia es el núcleo en torno al que se deben articular las reglas europeas de contratos públicos”. Cfr. DÍEZ SASTRE, S.: “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, págs. 197-198.

17. Libro Verde *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*, de 26 de noviembre de 1996 [COM (96) 583 final].

18. *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, de 28 de noviembre de 2001 [COM(2001) 566 final].

jurisprudencia europea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoció en el asunto *Beentjes*¹⁹ la posibilidad de tomar en consideración aspectos sociales en la adjudicación de un contrato público. En concreto, este pronunciamiento declaraba la admisibilidad de la exigencia de que el licitador emplease trabajadores en situación de paro prolongado, siempre que tal condición no resultase discriminatoria y se mencionase en el anuncio de licitación. Esta línea jurisprudencial, posteriormente confirmada en el asunto *Nord-Pas-de-Calais*²⁰, ha motivado un cambio en la tendencia legislativa que se ve materializado con la aprobación de las Directivas 2004/17/CE²¹ y 2004/18/CE²². Este marco normativo hace un hueco más evidente a la promoción de políticas sociales, entre las que destacan la inclusión social y la lucha contra el desempleo, y sirve como punto de apoyo para la implantación de una contratación estratégica en los distintos Estados miembros²³.

Las Directivas sobre contratación pública del año 2014²⁴ dan un paso decisivo en la dirección apuntada y abanderan como uno de sus objetivos fundamentales –junto con el incremento de la eficiencia del gasto público– la utiliza-

19. STJUE de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*, asunto 31/87, ECLI:EU:C:1988:422, aptdos. 36-37.

20. STJUE de 26 de septiembre de 2000, *Comisión contra Francia [Nord-Pas-de-Calais]*, asunto C-225/98, ECLI:EU:C:2000:494, aptdos. 49-51.

21. Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales [DOUE L134, de 30 de abril de 2004].

22. Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios [DOUE L134, de 30 de abril de 2004].

23. En relación con el progresivo reconocimiento de la inclusión de consideraciones sociales en el ámbito europeo, resulta de interés el trabajo de CARANTA, R.: “Sustainable Public Procurement in the EU”, en *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Dir. Roberto Caranta; Martin Trybus), DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, págs. 15-51.

24. Las Directivas de “cuarta generación” relativas a la contratación pública son las siguientes: la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE [DOUE L94, de 28 de marzo de 2014]; la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión [DOUE L94, de 28 de marzo de 2014]; y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE [DOUE L94, de 28 de marzo de 2014].

ción de la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes²⁵. Además, introducen una serie de precisiones sobre el modo en que las entidades contratantes pueden incorporar este tipo de consideraciones en los contratos que celebren. Puede afirmarse que este nuevo paquete normativo no se limita a exigir que los Estados miembros velen por el cumplimiento de las obligaciones impuestas en materia socio-laboral, sino que articula mecanismos concretos para lograr un nivel de compromiso por parte de los operadores económicos que va más allá de los mínimos legalmente exigibles²⁶. Aunque muchas de las medidas que incorpora ya estaban presentes en la normativa anterior, ahora se ven reforzadas gracias a la firme apuesta del legislador europeo por una contratación estratégica.

En nuestro Derecho interno la incorporación de aspectos sociales en la contratación pública ha sido ciertamente controvertida y tradicionalmente ha estado rodeada de un halo de incertidumbre que generaba reticencias en cuanto a su aplicación práctica²⁷. Sin embargo, con la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de

25. En este sentido, el Considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE dispone lo siguiente: “La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020 (...) como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes”.

26. Así lo ha puesto de relieve, en relación con la incorporación de criterios medioambientales en la contratación pública, FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: “Los retos ambientales de las nuevas directivas: la contratación pública como herramienta”, en *Nueva contratación pública: Mercado y Medio Ambiente* (Dir. Martín María Razquin Lizarraga; José Francisco Alenza García), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 77-126.

27. Resulta especialmente significativo el *Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública en España* emitido por el Ministerio de Hacienda en el año 2004, según el cual: “No parece coherente con la estructura lógica del procedimiento de contratación, ni con su finalidad, que circunstancias tales como el número de trabajadores empleados, la proporción de trabajadores con contratos de determinadas características o pertenecientes a colectivos con dificultades de acceso al empleo (jóvenes que buscan su primer empleo, mayores de cincuenta años, mujeres, discapacitados, ...) las características medioambientales de la empresa u otras similares de contenido o naturaleza «social» sean incorporadas como criterios de valoración (...). Por otra parte, existen en la actualidad mecanismos jurídicos alternativos –o complementarios, si prefiere decirse así– para estimular o desincentivar determinadas conductas desde el punto de vista social o medioambiental”, págs. 145-147.

noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), esta situación cambia de forma radical; mientras que hasta entonces la contratación socialmente responsable era considerada como un mandato meramente retórico, ahora impregna el articulado de la norma y fuerza a las entidades del sector público a orientar su actividad contractual en este sentido²⁸. El legislador español aboga por la incorporación preceptiva y transversal de criterios sociales y medioambientales en toda la contratación pública. Así lo dispone su artículo 1.3, de acuerdo con el cual:

En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

La ubicación sistemática de este precepto denota una clara declaración de intenciones por parte del legislador y deja entrever el camino a seguir en los próximos años, que nos conduce inexorablemente hacia un modelo de compras públicas sensible con las necesidades de la sociedad²⁹. Con la finalidad de dotar de efectividad a este mandato, el Gobierno ha aprobado un *Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable*³⁰ que pretende impulsar la

28. GALLEGO CÓRCOLES, I.: “La integración de cláusulas sociales (...)”, *op. cit.*, págs. 96-99; y MORENO MOLINA, J. A.: *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2018, págs. 23-24.

29 GÓMEZ FARIÑAS, B. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental”, en *Compra Pública Verde* (Dir. Ximena Lazo Vitoria), Atelier, Barcelona, 2018, págs. 81-82.

30. Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Este plan ha sido aprobado por la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019 [BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2019].

vertiente estratégica de este sector de forma organizada y fomentar su uso por parte de los órganos de contratación.

Llegados a este punto cabe plantearse, por un lado, qué concretos objetivos quedan comprendidos en el concepto de “contratación pública socialmente responsable” y cuáles son las posibilidades reales que ofrece este nuevo marco normativo para su consecución. En relación con la primera de estas cuestiones, es preciso señalar que este concepto se ha venido interpretando en sentido amplio, de forma que engloba diversos objetivos específicos de política social, como el fomento del 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 ética³¹. Como vemos, este variado catálogo de políticas públicas que pueden ser promovidas a través de este sector de la economía responde a un denominador común, como es la lucha contra las desigualdades sociales y laborales a través del aseguramiento de unas condiciones dignas para la ciudadanía³².

31. Informe 16/2015, de 4 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Una definición similar se recoge en el documento de la Comisión Europea *Adquisiciones sociales. Una Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, *op. cit.*, de acuerdo con la cual este concepto aglutina las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas (pág. 7). En la doctrina, MEDINA ARNÁIZ distingue entre “compra social”, que tendría por objeto integrar las inquietudes sociales en los procedimientos de adjudicación de un contrato público al tomar en consideración aspectos como la lucha contra el desempleo, la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la reserva de contratos a Empresas de inserción y Centros Especiales de Empleo; y “compra ética”, que se englobaría otros supuestos en los cuales los elementos a valorar tienen más que ver con el cumplimiento de estándares éticos establecidos en las convenciones internacionales sobre condiciones laborales dignas, salarios mínimos y derechos de los trabajadores. *Cfr.* MEDINA ARNÁIZ, T.: “La contratación pública socialmente responsable (...)”, *op. cit.*, págs. 4-6; y, de la misma autora, “Social considerations in Spanish public procurement law”, *Public Procurement Law Review*, núm. 2, 2011, págs. 61-62.

32. Esta postura es compartida por MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público: estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2012, págs. 712-713; y VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, P.: “Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública”, en *Contratación Pública Estratégica* (Dir. José Pernas García), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 329-368.

La incorporación de este tipo de cuestiones puede tener lugar a lo largo de las distintas fases que componen el procedimiento de contratación, desde la preparación del contrato, la definición de su objeto y el diseño de las especificaciones técnicas, pasando por la selección cualitativa de licitadores, los criterios de adjudicación del contrato y las condiciones especiales de ejecución. Ante este abanico de posibilidades, el órgano de contratación deberá valorar en cada caso concreto cuál es el momento más oportuno para demandar el cumplimiento de estos requisitos, que –en función de su naturaleza– podrán incorporarse en todas o algunas de las fases referidas³³. La fórmula más utilizada en la práctica es la configuración de aspectos sociales como criterios de selección de licitadores –tanto en lo que respecta a la valoración de sus capacidades como a la concurrencia de una eventual prohibición para contratar–, seguida de las condiciones especiales de ejecución y los criterios de adjudicación del contrato³⁴.

Con todo, la opción más idónea para satisfacer cuestiones sociales a través de las compras públicas es su inclusión como condiciones especiales de ejecución³⁵. Ya adelantamos que la vertiente estratégica de la contratación pública es susceptible de restringir de forma importante la competencia en el mercado, pero tal afectación puede ser mayor o menor dependiendo del momento en que se solicite a los operadores económicos el cumplimiento de determinadas medidas encaminadas a satisfacer estos objetivos secundarios. Mientras que su incorporación como criterios de selección de licitadores o de adjudicación del contrato resulta controvertida, la configuración de estos objetivos como condiciones especiales

33. Sobre este particular, véase DRAGOS, D. y NEAMTU, B.: “Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects”, en *Modernising public procurement: the new Directive* (Francois Lichere; Roberto Caranta; Steen Treumer), DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, págs. 301-335; GONZÁLEZ GARCÍA, J.: “Sustainability and Public Procurement in the Spanish Legal System”, en *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Dir. Roberto Caranta; Martin Trybus), DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, págs. 235-257; y GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003, págs. 27-67.

34. Datos extraídos del informe elaborado por KAHLENBORN, W., MOSER, C., FRIJDAL, J. et al.: *Strategic Use of Public Procurement in Europe. Final Report to the European Commission*, MARKT/2010/02/C, Adelphi, Berlín, 2011, pág. 91.

35. Así lo ha afirmado la Comisión Europea en su *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, pág. 1; y en el documento de trabajo *Adquisiciones sociales. Una Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, pág. 7, anteriormente citados.

de ejecución apenas tiene efectos distorsionadores de la competencia³⁶. Mediante esta técnica se exige a todos los licitadores que, en el momento de presentación de sus ofertas, se comprometan a cumplir con una serie de requisitos relativos a la forma de ejecución de las prestaciones del contrato que tendrán que ser necesariamente observados para el caso de que el contrato les sea adjudicado³⁷. Las ofertas que no acepten tales condiciones serán rechazadas por no ser conformes con el contenido de los pliegos del contrato³⁸. Sin embargo, es preciso puntualizar que en este momento es suficiente con el compromiso de disponer de los medios materiales y/o personales necesarios para satisfacer los requerimientos del órgano de contratación, sin que pueda exigirse la disposición efectiva de los mismos. Lo contrario causaría un perjuicio desproporcionado a los operadores económicos y mermaría la competencia en el mercado, por cuanto se verían obligados a realizar una serie de inversiones simplemente para poder entrar en la competición sin tener la certeza de que el contrato les va a ser adjudicado³⁹.

Al propio tiempo, esta solución permite una mayor satisfacción de las políticas sociales que se tratan de implementar que –por ejemplo– en el caso de los criterios de adjudicación. La razón es clara: mientras que en este último caso el grado de realización de los criterios sociales dependerá en buena medida de la voluntariedad de los licitadores a la hora de incluir estas cuestiones en sus ofertas, las condiciones especiales de ejecución garantizan la satisfacción del interés público

36. DÍEZ SASTRE, S.: “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, *op. cit.*, págs. 200-201. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia también ha manifestado la preferencia de incluir en esta fase contractual la exigencia del cumplimiento de determinadas condiciones laborales en la *Guía sobre contratación pública y competencia*, 2011, págs. 19-20. Este documento se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://www.cnmec.es/guias-y-recomendaciones> [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2019].

37. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 202.4 de la LCSP, la obligación de cumplir con las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato se extiende también a los subcontratistas que participen en la ejecución del mismo.

38. BERNAL BLAY, M. A.: “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico X, Zaragoza, 2008, pág. 242.

39. A este respecto cabe traer a colación la STJUE de 27 de octubre de 2005, *Contse*, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644, aptdos. 53 y ss, de acuerdo con la cual la exigencia de que todos los licitadores dispongan de oficinas abiertas al público en determinadas ciudades en el momento de presentación de sus ofertas es manifiestamente desproporcionada.

perseguido en los términos señalados en el contrato, sin que el licitador que resulte adjudicatario pueda limitar su alcance⁴⁰.

De hecho, el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de condiciones especiales de ejecución referidas a consideraciones de tipo social, medioambiental o relacionadas con la innovación no es una mera opción para las entidades contratantes, sino una obligación contemplada de forma expresa en el artículo 202 de la LCSP. En este sentido, toda licitación de un contrato público deberá incluir –al menos– una de las condiciones anteriores. Es decir, no todos los contratos tendrán condiciones especiales de ejecución de carácter social, pero en todos los casos en que su objeto sea social o esté relacionado con aspectos sociales se podrá imponer este tipo de cláusulas⁴¹. La decisión del legislador de dotar a este mecanismo de carácter preceptivo pretende garantizar la implantación efectiva de dichas medidas en una fase tan esencial como es la ejecución del contrato, al tiempo que constituye un buen indicador de que la vertiente estratégica de la contratación ya es una realidad que no puede ser obviada por los entes del sector público.

Aunque la decisión de incluir unas u otras condiciones entra dentro de la esfera de discrecionalidad de la entidad contratante, esta libertad no es incondicionada. Antes bien, se encuentra sujeta a una serie de limitaciones establecidas con carácter general en el propio artículo 202 de la LCSP, el cual exige que tales condiciones estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos. Con esta previsión se trata de garantizar que la inclusión de aspectos sociales en esta fase contractual resulte coherente y no suponga la conculcación de los principios nucleares de la contratación pública, especialmente los de competencia y no discriminación.

40. HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A.: “Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos”, en *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir. Eduardo Gamero Casado; Isabel Gallego Córcoles), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2133-2137.

41. DE GUERRERO MANSO, C.: “Guía práctica sobre la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, con especial atención a las cláusulas que permitan la integración y participación en los contratos de las mujeres”, 2019, pág. 49, disponible en el siguiente enlace: https://www.aragon.es/documents/20127/674325/guia_clausulas_sociales.pdf/dfb451dd-037a-c1d0-13cf-47dd2c36ca45 [Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2019].

2.1. La necesaria vinculación al objeto del contrato

El requisito esencial que deben cumplir todas las cláusulas sociales, cualquiera que sea la etapa contractual en que surtan efectos, es su vinculación con el objeto del contrato. Esta condición ya se anuncia con carácter general en el artículo 1.3 de la LCSP –que supedita la incorporación preceptiva de este tipo de criterios en la contratación pública a que “*guarde relación con el objeto del contrato*”– y se menciona de nuevo en el artículo 202 en relación con la incorporación de condiciones especiales de ejecución. Lo que se exige es que el criterio social en cuestión se encuentre directamente relacionado con la ejecución de las tareas necesarias para la producción de un bien o la prestación de un servicio, de modo que no resultarán admisibles aquellas condiciones puramente contingentes que no afecten de ningún modo a la forma de ejecutar la prestación ni a sus resultados⁴².

Esta exigencia encuentra su origen en la jurisprudencia europea, más concretamente en la sentencia *Concordia Bus Finland*⁴³, y ha sido objeto de un arduo debate acerca del modo en que debe ser interpretada. La Comisión Europea ha calificado el requisito de la vinculación con el objeto del contrato como “la condición fundamental que debe tenerse en cuenta cuando se introducen en el proceso de contratación pública consideraciones relacionadas con otras políticas” y ha defendido la necesidad de realizar una interpretación estricta del mismo para asegurar que la compra como tal siga siendo el elemento central del proceso⁴⁴. Además, ha manifestado su preocupación en relación con las consecuencias que una interpretación más generosa del mismo pueda llevar aparejadas en términos de desigualdades entre los operadores económicos de los distintos Estados miembros.

El problema que plantea la interpretación estricta de este criterio es que limita de forma significativa las posibilidades reales de perseguir objetivos sociales a través de la contratación pública. Solamente sería posible incorporar este tipo de

42. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: “Incorporación cláusulas ambientales (...)”, *op. cit.*, pág. 47.

43. STJUE de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, asunto C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495, de acuerdo con la cual “como una oferta se refiere necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también relacionados con el objeto del contrato” (apdo. 59). A pesar de que este pronunciamiento hace referencia a los criterios de adjudicación del contrato, lo cierto es que dicho requisito ha sido extendido a todas las demás condiciones que se establezcan en las distintas fases del procedimiento de contratación.

44. Libro verde sobre *La modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, de 27 de enero de 2011 [COM (2011) 15 final], págs. 42-45.

consideraciones en aquellos contratos directamente vinculados a acciones públicas sociales o cuyo objeto sean prestaciones de carácter social o asistencial que tengan como destinatarios a determinados colectivos desfavorecidos⁴⁵. En sentido contrario, se rechazaría su inclusión en otros contratos que, a pesar de no tener una perspectiva social, son susceptibles de contribuir a una contratación más responsable en atención a las particularidades de la prestación. Esta postura claramente reticente a la incorporación de consideraciones estratégicas en las compras públicas ha sido superada por el TJUE con ocasión de la sentencia *Comisión c. Países Bajos*, en la cual se afirma que no es imprescindible que las cláusulas sociales se refieran a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste⁴⁶.

La flexibilización de este requisito ha sido recogida en el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 145.6 de la LCSP, que apuesta por un concepto amplio de la vinculación al objeto del contrato y clarifica qué tipo de criterios se entienden incluidos en el mismo⁴⁷. La normativa española establece ahora que un criterio estará

45. MEDINA ARNÁIZ, T.: “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *op. cit.*, págs. 271-272.

46. STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión c. Países Bajos*, asunto C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, aptdo. 91. De especial interés resultan las Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott, presentadas el 15 de diciembre de 2011 en relación con este asunto, ECLI:EU:C:2011:840, quien defiende con convencimiento una interpretación más flexible de la vinculación al objeto del contrato. En sus palabras: “En lo que se refiere a la etiqueta «Max Havelaar», ciertamente no define ninguna característica del producto en sentido estricto (...) pero dicha etiqueta aporta información sobre si los artículos suministrados han sido objeto de un comercio justo. Tal aspecto puede tenerse en cuenta en el marco de las condiciones de ejecución del contrato (artículo 26 de la Directiva 2004/18). Por eso no se puede negar de antemano que tenga relación con el objeto del contrato (en este caso, el suministro de «ingredientes» como azúcar, leche en polvo y cacao), pues para un poder adjudicador que, según se desprende de la documentación del procedimiento de adjudicación, otorga valor al comercio socialmente responsable, para determinar la relación calidad-precio muy bien puede ser importante saber si los artículos suministrados fueron comprados a sus productores en condiciones justas o no. Aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social” (aptdo. 110).

47. ARROWSMITH, S.: *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. I, 3ª Ed., Sweet & Maxwell, London, 2014, págs. 745-747; y GALLEGO CÓRCOLES, I.: “La introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación”, en *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (Dir. Belén García Romero; María Magnolia Pardo López), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 93 y ss.

vinculado al objeto del contrato cuando “se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, *en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida*”⁴⁸. De este modo, es posible incluir consideraciones sociales en cualquiera de las fases que conforman el proceso de producción, prestación o comercialización de las obras, servicios o suministros que constituyan el objeto del contrato, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material⁴⁹. Aunque este precepto se refiere a los criterios de adjudicación del contrato, su contenido resulta plenamente aplicable a las condiciones especiales de ejecución por remisión del propio artículo 202.

2.2. El cumplimiento de las obligaciones de publicidad y transparencia

La obligación de transparencia se revela como la piedra angular de todo el procedimiento de contratación pública y desempeña un papel esencial en cada una de sus fases, tanto en la adjudicación como en la ejecución del contrato. Este principio constituye un mecanismo de rendición de cuentas a la ciudadanía y, al propio tiempo, sirve para garantizar una actuación administrativa respetuosa con los demás principios rectores de la contratación⁵⁰. El adecuado conocimiento por parte de los operadores económicos de los requisitos que han de cumplir para poder convertirse en contratistas –e incluso tras la formalización del contrato– resulta esencial para garantizar la imparcialidad en el seno del procedimiento de contratación y, por ende, la efectividad de los principios de igualdad de trato y

48. Énfasis no original.

49. Véase el Considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE.

50. Para un mayor abundamiento en las exigencias inherentes a este principio, véase CERRILLO I MARTÍNEZ, A.: “Transparencia, acceso a la información y contratación pública”, en *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir. Eduardo Gamero Casado; Isabel Gallego Córcoles), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 319-368; GIMENO FELIÚ, J. M.: “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2013* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 27-80; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M.: “La transparencia en la contratación pública”, en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (Dir. José María Gimeno Feliú), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 803-826; y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de los operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del «big data»”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2018* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 93-130.

competencia⁵¹. En este sentido, las condiciones de la licitación han de estar formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones, de modo que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma⁵². Se trata, en suma, de que todos los participantes dispongan de las mismas oportunidades y estén sujetos a las mismas condiciones⁵³.

Con este propósito, el artículo 202 de la LCSP obliga a los órganos de contratación a indicar en el anuncio de licitación y en los pliegos las condiciones especiales de ejecución que pretenda incluir en el contrato. No es suficiente con la simple mención o con una mera remisión al contenido de la norma, sino que dichas condiciones deben recogerse con claridad y precisión. La indicación de estos extremos en el anuncio de licitación tiene por objeto que todos los operadores económicos dispongan de una información general que les permita determinar su grado de interés en la licitación sin necesidad de acudir a otras fuentes de información. Ya avanzamos que la satisfacción de estas condiciones resulta ineludible para el licitador que resulte adjudicatario del contrato, por lo que parece lógico que conozca de antemano la exigencia de cumplir con ciertos estándares sociales en el curso de su ejecución y los recursos que ha de destinar a tal fin⁵⁴. Posteriormente estos criterios deberán ser especificados con detalle en la documentación contractual.

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso señalar que esta obligación de transparencia no se agota con la formalización del contrato. Es capital que sus exigencias se extiendan a la fase de ejecución, pues solamente así podrá verificarse el correcto cumplimiento de estas condiciones por parte del contratista⁵⁵. Como

51. STJUE de 7 de diciembre de 2000, *Caso Telaustria Verlags GmbH*, asunto C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, aptdo. 62; y de 12 de diciembre de 2002, *Caso Universale-Bau AG*, asunto C-470/99), ECLI:EU:C:2002:746, aptdo. 91.

52. STJUE de 29 de abril de 2004, *CAS Succhi di Frutta SpA*, asunto C 496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236, aptdo. 111.

53. STJUE de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction Ltd*, asunto C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553, aptdo. 34; y STG de 12 de marzo de 2008, *Evropaiki Dynamiki*, asunto T 345/03, ECLI:EU:T:2008:67, aptdo. 143.

54. DE GUERRERO MANSO, C.: “La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 19, 2018, pág. 163.

55. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: “Las obligaciones de transparencia no finalizan con la formalización del contrato público”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2018* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 187-188.

luego veremos, su incumplimiento lleva aparejadas una serie de consecuencias que pueden afectar tanto a la licitación en curso como a futuras licitaciones, pero para ello es necesario que el órgano de contratación tenga conocimiento de la existencia de dichas disfunciones.

2.3. La observancia de los principios rectores de la contratación pública

La incorporación en la licitación de condiciones especiales de ejecución vinculadas a aspectos sociales solamente será admisible si –además de cumplir con las exigencias de publicidad y vinculación al objeto antes mencionadas– no vulnera las libertades del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵⁶ (en adelante, TFUE) y los principios generales derivados de las mismas, en especial los de no discriminación y proporcionalidad. Para evitar que la utilización estratégica de la contratación pública desvirtúe la competencia en el mercado, se prohíbe el establecimiento de condiciones de ejecución que supongan una discriminación directa o indirecta entre licitadores, ya sea porque tratan de favorecer a las empresas nacionales en perjuicio de las establecidas en terceros Estados miembros o simplemente porque conducen a un trato desigual entre los distintos oferentes⁵⁷. En este sentido, se entiende que son discriminatorias todas aquellas condiciones que imposibiliten, obstaculicen o hagan menos atractivo el ejercicio de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios, aunque se apliquen indistintamente a todos los operadores económicos⁵⁸.

A modo de ejemplo, se ha venido declarando la inadmisibilidad de una condición de ejecución que exija la contratación de personas inscritas como demandantes de empleo en las oficinas correspondientes a una determinada localidad⁵⁹

56. Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [DOUE C 202, de 7 de junio de 2016].

57. Véase el documento *Adquisiciones sociales. Una Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, op. cit., pág. 44.

58. STJUE de 22 de septiembre de 1988, *Comisión contra Irlanda [Dundalk]*, asunto C-45/87, ECLI:EU:C:1988:435.

59. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 3/09, de 25 de septiembre de 2009. En el mismo sentido se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares en su informe 2/2010, de 30 de julio.

o personas de la localidad en situación de desempleo de larga duración⁶⁰. Se entiende que este tipo de condiciones son claramente discriminatorias por cuanto se circunscriben a las personas desempleadas que residan en un determinado lugar geográfico, excluyendo la posibilidad de contratar a desempleados de otros lugares del territorio nacional o incluso de otros Estados miembros de la Unión Europea. El problema no radica en la finalidad social perseguida con el establecimiento de estas condiciones, sino en el hecho de que se establezca en los pliegos una preferencia a favor de la contratación de determinados trabajadores en atención a su residencia o lugar de origen.

Por otra parte, el margen de discrecionalidad concedido a los órganos de contratación a la hora de establecer las condiciones especiales de ejecución del contrato se encuentra limitado por el principio de proporcionalidad. De acuerdo con este principio, las condiciones que vayan a aplicarse durante la ejecución del contrato deben guardar una adecuada proporción con su complejidad técnica y su dimensión económica. Además, deben ceñirse al ámbito y duración de ese contrato, sin que sea posible exigir a los licitadores que acrediten la implantación de una determinada política de responsabilidad social en la empresa⁶¹. El cumplimiento de las condiciones sociales establecidas en los pliegos puede implicar una serie de desembolsos adicionales que no se encuentran al alcance de cualquier empresa. Por esta razón, los costes que ha de asumir la empresa –tanto en términos económicos como estructurales– han de ser debidamente ponderados con sus eventuales beneficios para la sociedad⁶². De otro modo, muchos operadores económicos se verían desalentados a participar en la licitación, con la consiguiente reducción de la competencia y, por ende, de la relación calidad-precio de las ofertas. Se trata, en definitiva, de alcanzar un equilibrio entre la búsqueda de condiciones adecuadas de fomento de políticas sociales y la libre competencia en el mercado⁶³.

60. Resolución del TACRC 453/2019, de 25 abril.

61. Véase el Considerando 104 de la Directiva 2014/24/UE.

62. ARROWSMITH, Sue; “Horizontal Policies in Public Procurement (...)”, *op. cit.*, págs. 149-186.

63. DE GUERRERO MANSO, C.: “La inclusión de condiciones especiales de ejecución (...)”, *op. cit.*, pág. 159; y FERRANDO GARCÍA, F. M. y RODRÍGUEZ EGÍO, M. M.: “Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: un ejemplo de la controversia entre las libertades económicas y la protección frente al “dumping” social”, en *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (Dir. Belén García Romero; María Magnolia Pardo López), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 229.

2.4. La supervisión del cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución

La observancia de los límites señalados constituye un requisito indispensable para la validez de las condiciones especiales de ejecución. No obstante, su eficacia real va a depender en buena medida del comportamiento que adopte el contratista durante la fase de ejecución. De poco sirve que exista un compromiso previo de implementar ciertas políticas sociales si posteriormente la empresa adjudicataria no respeta los términos de aquél. Para evitar este tipo de situaciones es importante que se articulen una serie de mecanismos de control de la actuación del contratista y que se establezcan con claridad las consecuencias que tendrá que afrontar en caso de incumplimiento.

El éxito de la contratación socialmente responsable ha de partir de la elaboración de un pliego de condiciones meditado y bien redactado, que regule con precisión las obligaciones que competen al contratista e incentive su cumplimiento⁶⁴. Esto implica la creación de una estructura de supervisión adecuada y la previsión de indicadores para medir el impacto real de la contratación en la concreta política pública que se pretende fomentar⁶⁵. Esta labor de seguimiento debe articularse a través de la figura del responsable del contrato, que será el encargado de controlar la actuación del contratista y adoptar las medidas oportunas para garantizar la correcta ejecución de la prestación (art. 62 de la LCSP). Ahora bien, es evidente que la persona designada como responsable –ya sea física o jurídica– deberá contar con la capacitación suficiente para detectar los eventuales incumplimientos de las obligaciones y estándares sociales, así como para articular medidas de respuesta frente a los mismos⁶⁶.

Así las cosas, procede dejar sentado que la falta de cumplimiento o el cumplimiento defectuoso de las condiciones sociales incorporadas al contrato no es

64. GIMENO FELIÚ, J. M.: *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 170-171.

65. PALACÍN SÁENZ, B.: “Contratación pública social”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, págs. 70-81. En el mismo sentido, DELGADO FERNÁNDEZ, M. R.: “Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución”, en *Compra Pública Verde* (Dir. Ximena Lazo Vitoria), Atelier, Barcelona, 2018, págs. 187-188.

66. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “La fase de ejecución de los contratos públicos y su control”, Ponencia dictada en el *II Congreso Anual del Observatorio de Contratación Pública. Por una contratación pública transparente y sostenible*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona los días 13 y 14 de noviembre de 2018.

gratuito para el contratista. Los mecanismos para hacer frente a estas disfunciones se encuentran regulados en el artículo 202.3 de la LCSP y varían en función de la importancia que el órgano de contratación haya atribuido en los pliegos a cada una de esas condiciones. En el supuesto de que la condición haya sido calificada como una “obligación contractual esencial”, su inobservancia se equipara a un eventual incumplimiento de la obligación principal y tiene como consecuencia la resolución del contrato ex artículo 211.1(f)⁶⁷. También es posible que el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución en los pliegos del contrato, pero sí como infracción grave a los efectos de una futura declaración de prohibición de contratar, de conformidad con el artículo 71.2(c). La tercera opción sería la imposición de penalidades al contratista, que deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y no deberán superar los siguientes umbrales cuantitativos: el 10% del precio del contrato (IVA excluido) individualmente consideradas, ni el 50% del precio del contrato en su conjunto (art. 192.1).

El problema se plantea cuando el órgano de contratación hace un diseño inadecuado de los pliegos y no recoge expresamente en los mismos ninguna de las consecuencias referidas, o cuando se decanta por la mera tolerancia y renuncia a poner en marcha los mecanismos para garantizar el cumplimiento. En estos casos la merma en la satisfacción del interés público es evidente, de ahí que los órganos de contratación deban actuar con diligencia y hacer una previsión realista de las distintas eventualidades que pueden acontecer durante la ejecución del contrato para dar una respuesta adecuada a las mismas.

3. Las condiciones especiales de ejecución como herramienta para combatir la desigualdad salarial

Dentro del amplio espectro de consideraciones de tipo social que son susceptibles de condicionar la ejecución de un contrato público, quizás las que han

67. Sobre este particular, véase la Resolución del TACRC 719/2019, de 27 de junio. En la doctrina, BARRERO RODRÍGUEZ, C.: “Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 4, 2017, págs. 52-70; y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.: “La extinción del contrato: la resolución”, en *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir. Eduardo Gamero Casado; Isabel Gallego Córcoles), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2331-2361.

suscitado –y todavía suscitan– una mayor controversia son aquellas referidas a las condiciones laborales de los trabajadores. En concreto, la exigencia de que se abone un salario mínimo al personal involucrado en la realización de la prestación ha sido observada con recelo y ha dado lugar a pronunciamientos de lo más variados. La imposibilidad de que la Administración Pública utilice los pliegos del contrato para legislar en materia laboral o influir en las negociaciones entre el empresario y los trabajadores, lo cual supondría una limitación del derecho a la libertad de empresa, ha sido uno de los principales argumentos aducidos en contra de la admisibilidad de este tipo de medidas. A ello hay que unir el hecho de que esta previsión puede hacer que la licitación resulte menos atractiva para los operadores económicos establecidos en terceros Estados donde el coste de mano de obra es más barato, con la consiguiente reducción de la competencia⁶⁸.

Pese a todo, tanto la jurisprudencia como la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales han mostrado una progresiva tendencia a la admisión de este tipo de criterios como condiciones especiales de ejecución. La exigencia de que el contratista cumpla con determinadas disposiciones de los convenios colectivos sectoriales, particularmente con la aplicación de las tablas salariales, ha sido asumida como una buena herramienta para combatir la precarización de las condiciones laborales y la deslocalización empresarial⁶⁹. Al propio tiempo, sirve para garantizar que todos los operadores económicos concurren en igualdad de condiciones a la licitación, por cuanto no podrán ofertar una rebaja en los precios a costa de mermar los derechos de los trabajadores. La posibilidad de imponer un salario mínimo como condición especial de ejecución ha sido recientemente avalada por el TJUE en el asunto *RegioPost*⁷⁰. Este pronunciamiento marca un punto de inflexión en la protección de los derechos de los trabajadores y viene a superar la postura restrictiva o “antisocial” que hasta entonces había mantenido la jurisprudencia europea⁷¹.

68. COSTAMAGNA, F.: “Minimum wage between public procurement and posted workers: anything new after the *RegioPost* case?”, *European Law Review*, 42(1), 2017, págs. 101-111.

69. GIMENO FELIÚ, J. M.: *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017 (...)*, op. cit., pág. 66.

70. STJUE de 17 de noviembre de 2015, *RegioPost*, asunto C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760.

71. Esta calificación de “jurisprudencia comunitaria antisocial” ha sido brindada por MOLINA NAVARRETE, C.: “Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de “legitimidad” al de sus “límites””, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 135, 2016, págs. 79-110.

3.1. La oscilante doctrina del TJUE en relación con la protección de un salario digno

La primera vez que el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión fue en el asunto *Rüffert*⁷². En este caso se analizaba la conformidad con el Derecho europeo de una ley del Land alemán de Baja Sajonia que supeditaba la adjudicación de contratos públicos de obras al compromiso de los licitadores de pagar a sus trabajadores, como mínimo, el salario previsto en el convenio colectivo aplicable al sector de la construcción. Tomando como punto de partida el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE sobre trabajadores desplazados⁷³, el Tribunal entendió que no era admisible la imposición de un salario mínimo recogido en un convenio colectivo que no gozaba de aplicación general, sino que se limitaba a los contratos públicos –excluyendo los privados– y a un determinado sector. Posteriormente entró a analizar la conformidad de la medida con el artículo 56 del TFUE y señaló que “una norma como la Ley del Land puede imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida”⁷⁴. A su entender, esta carga no encontraba justificación en el objetivo de la protección de los derechos de los trabajadores justamente por su carácter sectorial, pues nada indicaba que dicha protección solamente fuese necesaria en el marco de un contrato público y no en el sector privado.

Esta postura estricta fue posteriormente confirmada en el asunto *Bundesdruckerei*⁷⁵, con ocasión de la licitación de un contrato público que tenía por objeto la digitalización de documentos y la conversión de datos para el servicio de urbanismo de la ciudad de Dortmund. Nuevamente se discutía la admisibilidad de una condición especial de ejecución mediante la cual los licitadores se comprometían a abonar a sus trabajadores un salario mínimo y a exigir a sus subcontratistas que respetasen ese salario, en cumplimiento de las disposiciones

72. STJUE de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, asunto C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189.

73. Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [DO L 018, de 21 de enero de 1997].

74. *Rüffert*, aptdo. 37.

75. STJUE de 18 de septiembre de 2014, *Bundesdruckerei*, asunto C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235.

previstas en la legislación del Land alemán de Renania del Norte-Westfalia. La particularidad de este caso residía en que la ejecución del contrato no se iba a llevar a cabo en el Estado miembro de licitación, sino que el recurrente pretendía realizar las prestaciones objeto del contrato exclusivamente con trabajadores empleados por un subcontratista establecido en Polonia. La cuestión radicaba, pues, en determinar si la aplicación de la normativa alemana a los subcontratistas establecidos en otro Estado miembro resultaba conforme con las disposiciones del Tratado y, más concretamente, con su artículo 56. Tras confirmar que esta medida suponía una restricción de la libre prestación de servicios, el Tribunal entró a analizar la posible existencia de objetivos legítimos que justificasen tal obstáculo y a valorar la proporcionalidad de la misma. A este respecto entendió que, si bien una medida de este tipo podía estar en principio justificada por el objetivo de protección de los trabajadores, no era adecuada para alcanzarlo en tanto su aplicación se encontraba limitada a los contratos públicos. Pero el Tribunal no se detuvo ahí y afirmó que, incluso para el caso de que resultase adecuada, seguiría siendo desproporcionada por cuanto no tenía en cuenta que el coste de vida en el Estado miembro de realización de la prestación era notablemente inferior y, por ende, privaba a las empresas establecidas en el mismo de obtener una ventaja competitiva en el mercado⁷⁶.

Sin embargo, a raíz del asunto *RegioPost* el TJUE se desmarca de la línea jurisprudencial sostenida hasta al momento y adopta una postura mucho más favorable a la incorporación de la obligación de respetar un salario mínimo como condición especial de ejecución de los contratos públicos. En este caso el Ayuntamiento de Landau inició un procedimiento de licitación de un contrato público para la prestación de servicios postales en el municipio durante dos años. Al igual que sucedía en el asunto *Bundesdruckerei*, la normativa del Land –en este caso de Renania-Palatino– obligaba al órgano de contratación a contratar únicamente con aquellas empresas que, en el momento de presentar su oferta, se comprometiesen por escrito a pagar un salario mínimo a los trabajadores que participasen en la ejecución del contrato, así como a garantizar que esta obligación sería cumplida por sus eventuales subcontratistas. La empresa RegioPost presentó junto con su oferta las declaraciones de sus subcontratistas en relación con el salario mínimo, pero no la suya propia, alegando que esta obligación entraba en contradicción con la normativa en materia de contratos públicos. El órgano de contra-

76. *Bundesdruckerei*, aptdos. 32-34.

tación requirió a la empresa para que presentase la declaración referida y, ante su negativa, procedió a excluirla del procedimiento de licitación.

El órgano jurisdiccional remitente preguntó al TJUE, en esencia, si una normativa nacional como la referida era compatible con el artículo 56 del TFUE en relación con el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE sobre trabajadores desplazados. Para dar respuesta a esta cuestión prejudicial, el Tribunal reformuló las cuestiones planteadas y comenzó haciendo alusión al artículo 26 de la Directiva 2004/18 sobre contratos públicos. A este respecto recordó que las condiciones especiales de ejecución del contrato han de ser compatibles con el Derecho comunitario y, dado que la citada Directiva no regula el ámbito de estas condiciones de forma exhaustiva, es necesario observar la medida controvertida a la luz de las disposiciones de Derecho originario⁷⁷. Sin embargo, en lugar de entrar a analizar directamente la compatibilidad de la medida con el artículo 56 del TFUE, el Tribunal determinó previamente que ésta era conforme con el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE por cuanto fijaba ella misma la cuantía del salario mínimo y en el momento de los hechos ninguna otra normativa nacional imponía un salario inferior en el sector de los servicios postales⁷⁸. En relación con la limitación de esta medida a los contratos públicos, entendió que era una mera consecuencia de la existencia de normas específicas en este ámbito a nivel de la Unión Europea y que su extensión a los contratos privados no resultaba exigible⁷⁹.

Sentado lo anterior, solamente restaba comprobar si la normativa controvertida era conforme o no con el artículo 56 del TFUE y es en este punto donde el razonamiento del Tribunal resulta más lacónico e inesperado. Las constantes alusiones a la doctrina jurisprudencial sentada en los asuntos *Rüffert* y *Bundesdruckerei*, de acuerdo con la cual la imposición de un salario mínimo cons-

77. *RegioPost*, aptdo. 59.

78. *RegioPost*, aptdo. 62. El razonamiento del Tribunal en este punto difiere notablemente del mantenido por el Abogado General Mengozzi en sus conclusiones, si bien es cierto que la conclusión a la que llegan es la misma: la compatibilidad del establecimiento de un salario mínimo con el Derecho europeo. El Abogado General entendió que la Directiva 96/71/CE no resultaba de aplicación por cuanto la ejecución del contrato no entrañaba un desplazamiento de trabajadores, sino que la empresa *RegioPost* se encontraba establecida en Alemania y no tenía intención de recurrir a mano de obra extranjera para la ejecución del contrato. En su opinión, la normativa controvertida debía ser analizada exclusivamente a la luz del artículo 56 del TFUE, siguiendo el enfoque adoptado en el asunto *Bundesdruckerei*. Véanse las Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi, presentadas el 9 de septiembre de 2015 en el citado asunto *RegioPost*, ECLI:EU:C:2015:566, aptdos. 53-56.

79. *RegioPost*, aptdos. 64-65.

tituye una restricción de la libre prestación de servicios que en principio puede estar justificada por el objetivo de protección de los trabajadores, hacían presagiar una continuidad en el enfoque mantenido hasta el momento⁸⁰. El siguiente paso sería entonces comprobar si la medida nacional cumplía con el principio de proporcionalidad, el cual había desempeñado un papel muy relevante en las sentencias anteriormente referidas⁸¹. Sin embargo, el Tribunal omitió cualquier referencia a este principio y en su lugar realizó una comparación entre las circunstancias concurrentes en este caso y en el asunto *Rüffert* con el propósito de justificar un cambio de rumbo tan significativo, especialmente en lo relativo a su limitación a los contratos públicos, que hasta entonces había sido un factor determinante para declarar la inadmisibilidad de esta medida⁸². De este modo, señaló que en el asunto *Rüffert* el salario mínimo estaba fijado en un convenio colectivo que únicamente resultaba de aplicación al sector de la construcción y que no había sido declarado de aplicación general, mientras que en el presente caso la medida se encontraba prevista en una ley generalmente aplicable a la adjudicación de todos los contratos públicos en el Land de Renania-Palatino y que venía a suplir la ausencia de una protección social mínima⁸³. En consecuencia, el Tribunal declaró la conformidad de la normativa nacional con el Derecho de la Unión Europea.

Sin duda este pronunciamiento guarda coherencia con los esfuerzos realizados por las instancias europeas en los últimos años para promover la incorporación de aspectos sociales en la contratación pública, de modo que no resulta sorprendente que el TJUE se haya pronunciado en este sentido. Sin embargo, su razonamiento deja varias cuestiones en el aire y no aclara las condiciones bajo las cuales la exigencia de respetar un salario mínimo en la ejecución del contrato se considera admisible. Un mayor esfuerzo argumentativo hubiera sido de gran ayuda para disipar estos interrogantes y dotar de una base sólida a esta nueva doctrina.

80. MARIQUE, Y. y WAUTERS, K.: “La lutte contre le dumping social dans la sous-traitance de marchés publics”, *Marchés & Contracts publics*, núm. 1, 2018, págs. 78-81.

81. BOGDANOWICZ, P.: “Article 56 TFEU and the Principle of Proportionality: Why, When and How Should They be Applied After *RegioPost*?”, en *Smart Public Procurement and Labour Standards: Pushing the discussion after RegioPost* (Dir. Albert Sánchez-Graells), Hart Publishing, Oxford, 2018, pág. 33.

82. NIELSEN, H. K.: “Labour clauses in public contracts: ILO Convention no. 94 in the European Union after *RegioPost*”, *Public Procurement Law Review*, 26(5), 2017, pág. 205.

83. *RegioPost*, apdos. 74-76.

3.2. El panorama actual en nuestro país: oportunidades y cautelas

El nuevo enfoque adoptado por la jurisprudencia europea en relación con la garantía de un salario mínimo ofrece una clara oportunidad para avanzar en la senda de una contratación responsable. El uso que los órganos de contratación hagan de la misma, sin embargo, ha de ser coherente y meditado. La inclusión de esta condición en los pliegos del contrato ha de ir precedida de un análisis de las características del contrato y de la situación del colectivo que se pretende favorecer, de modo que se pueda valorar adecuadamente la conveniencia o no de su inclusión. Dicho de otro modo, no procede su exigencia generalizada en todo tipo de contratos, sino que será preciso atender a las circunstancias específicas que concurran en cada supuesto.

La especialidad de esta condición hace que solamente tenga sentido cuando se contraten prestaciones en las que el componente económico fundamental venga constituido por el coste de la mano de obra⁸⁴. En la práctica los contratos públicos de obras y servicios son los que más se prestan a la incorporación de la garantía de un salario mínimo, mientras que en el caso de los contratos de suministro las posibilidades de tomar en consideración aspectos sociales son más limitadas⁸⁵. Los órganos de contratación tienden a incluir estas condiciones en la contratación de servicios de limpieza de edificios y servicios de seguridad y vigilancia, dado que en estos casos la mano de obra que se necesita para su ejecución es más intensa⁸⁶. De hecho, la exigencia de la aplicación de las tablas salariales recogidas en los convenios colectivos del sector de la seguridad y vigilancia ha dado pie a numerosos pronunciamientos de los tribunales administrativos de recursos contractuales, que a día de hoy no han llegado a un consenso claro con respecto a su validez.

La admisibilidad de esta exigencia como condición especial de ejecución ha sido respaldada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la

84. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 1/2015, de 17 de marzo.

85. Así lo ha reconocido la propia Comisión Europea en su *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, *op. cit.*, pág. 2.

86. BLANCO LÓPEZ, F.: “La doctrina social de los tribunales administrativos de recursos ante la contratación pública estratégica”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 18, 2018, págs. 156-157.

Comunidad de Madrid en múltiples de sus resoluciones. Un ejemplo de esta postura lo encontramos en su resolución 19/2018, de 10 de enero, donde argumenta que esta medida no supone la imposición de un determinado convenio colectivo ni la aplicación de su contenido, sino que simplemente se toman como referencia las tablas salariales para garantizar que los trabajadores asignados a la ejecución del contrato reciben un salario mínimo. Entiende que, a pesar de que el salario no forma parte de la sustancial material de la prestación, sí influye en la ejecución más o menos pacífica de la misma. Para llegar a esta conclusión toma en consideración la precariedad laboral existente en el sector de la seguridad y vigilancia, así como las repercusiones que esta situación puede tener en el curso de la ejecución del contrato. En efecto, muchas de las empresas de este sector han hecho uso de la posibilidad de “descuelgue” del convenio sectorial que les reconoce la legislación laboral⁸⁷, con la consiguiente reducción de los salarios y un aumento de la conflictividad que puede poner en riesgo la adecuada prestación del servicio.

En sentido contrario se ha pronunciado el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco en su resolución 1/2018, de 3 de enero, que declara la ilicitud de una condición especial de ejecución que exigía que la empresa adjudicataria garantizase, como mínimo, las condiciones laborales y en materia retributiva contempladas en el convenio colectivo sectorial. El razonamiento expuesto en esta decisión parte de la base de que una estipulación como la analizada podría hacer que algunos licitadores perdieran la ventaja competitiva que les aporta abonar sueldos bajos, siempre que sean respetuosos con el marco normativo en vigor⁸⁸. En particular, se estaría penalizando a las empresas que se han descolgado del convenio aplicable y conculcando el principio de libertad de pactos, por cuanto se pretende imponer un determinado contenido a las relaciones legítimamente configuradas entre el empresario y el trabajador. Bien es cierto que en este supuesto los mínimos exigidos no se limitaban a la aplicación de las tablas

87. De acuerdo con el artículo 82.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, las empresas podrán inaplicar las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable que afecten al sistema de remuneración y cuantía salarial –entre otros aspectos– cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

88. En este punto el OARC se apoya en su anterior resolución 59/2017, de 16 de mayo, en la cual se debatía la posibilidad de que los pliegos del contrato impusieran al adjudicatario un concreto convenio colectivo.

salariales, como sucedía en la resolución anteriormente analizada, sino que se pretendía la aplicación de buena parte de las condiciones reguladas en el convenio sectorial.

A este respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha sido contundente al afirmar que estas cláusulas no pueden redactarse de modo genérico, sino que es preciso indicar los convenios colectivos de aplicación y las condiciones económicas específicas que deberá cumplir el empresario frente a sus trabajadores. En este sentido, ha señalado que “la condición especial de ejecución ha de establecerse, configurarse y determinarse caso por caso, con precisión y detalle, única forma de establecerla en un contrato como condición exigible, y única forma de apreciar su vinculación o no con el objeto del contrato, la prestación principal y los factores que en su ejecución intervienen y que no es discriminatoria ni directa ni indirectamente, y única forma de dotar de seguridad jurídica a la empresa adjudicataria contratista a los efectos de su cumplimiento o incumplimiento (...)”⁸⁹. Es evidente que exigir sin más el cumplimiento de obligaciones salariales, sin mayor precisión, genera una situación de incertidumbre acerca de cuáles son las obligaciones cuya inobservancia puede derivar en la resolución del contrato.

En líneas generales, dicho Tribunal se ha mostrado reacio a admitir la inclusión de este tipo de cláusulas en la documentación contractual, especialmente cuando se configuran como criterios de adjudicación del contrato. La importancia de la mano de obra en los contratos de seguridad y vigilancia implica que los costes salariales constituyan la parte esencial del precio, hasta el punto de que la competencia entre los licitadores se limita prácticamente a este aspecto. Por esta razón, el hecho de otorgar una mayor puntuación en atención a la cuantía del salario es susceptible de distorsionar la competencia en el mercado, sin que este efecto se vea compensado con una mejor prestación del servicio⁹⁰. Sin embargo, tampoco ha admitido su configuración como condiciones especiales de ejecución, sin dejar muy claras las razones por las cuales hace extensible a las mismas la doctrina sentada en relación con los criterios de adjudicación⁹¹.

Estas disparidades en la doctrina sentada por los tribunales administrativos de recursos contractuales evidencian que todavía queda mucho por decir en rela-

89. Resolución del TACRC 1071/2018, de 23 de noviembre.

90. Resolución del TACRC 1059/2016, de 16 de diciembre.

91. En este sentido, véase la resolución del TACRC 663/2017, de 21 de julio.

ción con esta cuestión. Con todo, ya es posible adelantar que los órganos de contratación han de ser cautelosos a la hora de exigir la garantía de un salario mínimo, de modo que esta condición responda a una necesidad real de protección del colectivo en cuestión y no sea una mera fórmula de estilo carente de efectividad práctica. Es preciso tener en mente que la correcta satisfacción del interés público que se persigue con la contratación ha de ser necesariamente conciliada con los intereses de los operadores económicos, que no podrán verse limitados si no existen motivos suficientes que lo justifiquen en atención a las circunstancias del caso concreto.

4. Conclusiones

La contratación pública socialmente responsable se enmarca en un nuevo modelo de gobernanza en el cual las entidades contratantes ya no solo se preocupan por el producto que adquieren, sino que toman en consideración factores como la procedencia del bien o el modo en que se presta el servicio. El marco normativo vigente ofrece un amplio abanico de posibilidades para la integración de políticas sociales en este sector que deben ser aprovechadas y que demandan un papel activo de los diversos agentes que operan en el mercado de las compras públicas. En este sentido, es capital que los entes del sector público diseñen estrategias de contratación claras que les permitan sacar el máximo rendimiento a este proceso y orientar el comportamiento de los operadores económicos hacia modelos de negocio más sostenibles.

Esta labor de planificación ha de ir necesariamente acompañada de una mayor profesionalización en el sector público. La elección sobre el tipo de cláusula que se va a incorporar y el momento oportuno para hacerlo debe ir precedida de un análisis de las circunstancias concretas en que se desarrolla la licitación. Para ello, es imprescindible que el órgano de contratación tenga cierto conocimiento del sector y sea capaz de evaluar las eventuales repercusiones de su actuación sobre la competencia. En caso contrario, la eficiencia de la contratación podría verse gravemente comprometida, al tiempo que se estaría causando un perjuicio innecesario a los licitadores y a la ciudadanía en general.

Con todo, el factor clave para que la contratación socialmente responsable se convierta en una realidad es la articulación de una serie de mecanismos de control durante la fase de ejecución del contrato. Los órganos de contratación han de tomar las medidas oportunas para verificar que el contratista cumple con las

condiciones que le han sido impuestas y, en su caso, reaccionar ante un eventual incumplimiento. A la postre, por mucho que las fases de preparación y adjudicación del contrato se hayan sustanciado de forma óptima, la satisfacción de las necesidades públicas depende fundamentalmente de la correcta ejecución del contrato.

Bibliografía

- ARROWSMITH, S.: *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. I, 3ª Ed., Sweet & Maxwell, London, 2014.
- *Public Procurement Regulation: an introduction*, University of Nottingham, Nottingham, 2010.
- “Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy”, *Journal of Public Procurement*, vol. 10, núm. 2, 2010, págs. 149-186.
- BARRERO C.: “Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 4, 2017, págs. 52-70.
- BERNAL, M.A.: “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico X, Zaragoza, 2008, págs. 211-252.
- BLANCO, F.: “La doctrina social de los tribunales administrativos de recursos ante la contratación pública estratégica”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 18, 2018, págs. 139-168.
- BOGDANOWICZ, P.: “Article 56 TFEU and the Principle of Proportionality: Why, When and How Should They be Applied After *RegioPost*?”, en *Smart Public Procurement and Labour Standards: Pushing the discussion after RegioPost* (Dir. Albert Sánchez-Graells), Hart Publishing, Oxford, 2018, págs. 29-44.
- CARANTA, R.: “Sustainable Public Procurement in the EU”, en *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Dir. Roberto Caranta; Martin Trybus), DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, págs. 15-51.
- CERRILLO, A.: “Transparencia, acceso a la información y contratación pública”, en *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir. Eduardo Gamero Casado; Isabel Gallego Córcoles), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 319-368.
- COSTAMAGNA, F.: “Minimum wage between public procurement and posted workers: anything new after the *RegioPost* case?”, *European Law Review*, 42(1), 2017, págs. 101-111.

- DE GUERRERO, C.: “Guía práctica sobre la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, con especial atención a las cláusulas que permitan la integración y participación en los contratos de las mujeres”, 2019, disponible en el siguiente enlace: https://www.aragon.es/documents/20127/674325/guia_clausulas_sociales.pdf/dfb451dd-037a-c1d0-13cf-47dd2c36ca45 [Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2019]
- “La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 19, 2018, págs. 141-177.
- DELGADO, M.R.: “Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución”, en *Compra Pública Verde* (Dir. Ximena Lazo Vitoria), Atelier, Barcelona, 2018, págs. 175-188.
- DÍEZ, S.: “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, págs. 193-217.
- DRAGOS, D. & NEAMTU, B.: “Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects”, en *Modernising public procurement: the new Directive* (Francois Lichere; Roberto Caranta; Steen Treumer), DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, págs. 301-335.
- FERNÁNDEZ, R.: “Las obligaciones de transparencia no finalizan con la formalización del contrato público”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2018* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 181-210.
- “Incorporación cláusulas ambientales en la contratación pública”, en *Compra Pública Verde* (Dir. Ximena Lazo Vitoria), Atelier, Barcelona, 2018, págs. 29-51.
- “Los retos ambientales de las nuevas directivas: la contratación pública como herramienta”, en *Nueva contratación pública: Mercado y Medio Ambiente* (Dir. Martín María Razquin Lizarraga; José Francisco Alenza García), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 77-126.
- FERRANDO, F.M. & RODRÍGUEZ, M.M.: “Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: un ejemplo de la controversia entre las libertades económicas y la protección frente al “dumping” social”, en *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (Dir. Belén García Romero; María Magnolia Pardo López), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 217-238.

- GALLEGO, I.: “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Revista Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 4, 2017, págs. 92-113.
- “La introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación”, en *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (Dir. Belén García Romero; María Magnolia Pardo López), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 81-112.
- GIMENO, J.M.: *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- “La calidad como nuevo paradigma de la contratación pública”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 159, 2019, pág. 3.
- “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2017, págs. 241-287.
- *El Nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2013* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 27-80.
- GÓMEZ, B. & VALCÁRCEL, P.: “Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental”, en *Compra Pública Verde* (Dir. Ximena Lazo Vitoria), Atelier, Barcelona, 2018, págs. 79-101.
- GONZÁLEZ, J.: “Sustainability and Public Procurement in the Spanish Legal System”, en *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Dir. Roberto Caranta; Martin Trybus), DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, págs. 235-257.
- GOSÁLBEZ, H.: “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003, págs. 27-67.
- GRIMALDOS, M.I.: “El impulso de la responsabilidad social de la empresa en las entidades de economía social: los deberes de los administradores de las sociedades laborales como caso paradigmático”, *CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 33, 2018, págs. 73-104.

- HERNÁNDEZ, J.A.: “Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos”, en *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir. Eduardo Gamero Casado; Isabel Gallego Córcoles), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2083-2149.
- KAHLENBORN, W., MOSER, C., FRIJDAL, J. et al.: *Strategic Use of Public Procurement in Europe. Final Report to the European Commission*, MARKT/2010/02/C, Adelphi, Berlín, 2011.
- MARIQUE, Y. & WAUTERS, K.: “La lutte contre le dumping social dans la sous-traitance de marchés publics”, *Marchés & Contracts publics*, núm. 1, 2018, págs. 57-88.
- MARTÍNEZ, J.M.: “La transparencia en la contratación pública”, en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (Dir. José María Gimeno Feliú), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 803-826.
- MEDINA, T.: “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2018* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 253-279.
- “La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012, págs. 213-240.
 - “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2010* (Dir. José María Gimeno Feliú), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 43-94.
 - “Social considerations in Spanish public procurement law”, *Public Procurement Law Review*, núm. 2, 2011, págs. 56-79.
- MENÉNDEZ, E.M.: “La extinción del contrato: la resolución”, en *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir. Eduardo Gamero Casado; Isabel Gallego Córcoles), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2331-2361.
- MIRANZO, J.: “La contratación pública como motor de cohesión social tras la ley 9/2017”, *Gabilex*, núm. Extra 1, 2019, págs. 207-228.
- MOLINA, C.: “Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de “legitimidad” al de sus “límites””, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 135, 2016, págs. 79-110.
- MORENO, J.A.: *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2018.

- MORENO, J.A. & PLEITE, F.: *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público: estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2012, págs. 712-713.
- NIELSEN, H.K.: “Labour clauses in public contracts: ILO Convention no. 94 in the European Union after RegioPost”, *Public Procurement Law Review*, 26(5), 2017, págs. 201-219.
- PALACÍN, B.: “Contratación pública social”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, págs. 70-81.
- PERNAS, J.J.: “La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público”, en *La contratación pública a debate: presente y futuro* (Dir. Rafael Fernández Acevedo; Patricia Valcárcel Fernández), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 345-379.
- “Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde”, en *Observatorio de políticas ambientales 2014* (Coord. Fernando López Ramón), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 431-462.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J.: “La contratación del sector público como política pública”, en *Contratación Pública Estratégica* (Dir. Juan José Pernas García), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 31-44.
- TREPTE, P.: *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- VALCÁRCEL, P.: “Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de los operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del «big data»”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2018* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 93-130.
- “La fase de ejecución de los contratos públicos y su control”, Ponencia dictada en el *II Congreso Anual del Observatorio de Contratación Pública. Por una contratación pública transparente y sostenible*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona los días 13 y 14 de noviembre de 2018.
- “Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública”, en *Contratación Pública Estratégica* (Dir. José Pernas García), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 329-368.
- VARGAS, A. & VACA, R.M.: “Responsabilidad Social Corporativa y cooperativismo: vínculos y potencialidades”, *CIRIEC-España, Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 53, 2005, págs. 241-260.