

LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: RETOS Y PERSPECTIVAS

Purificación Medina Jurado

Secretaria.
Ayuntamiento de Cardeña

Trabajo de evaluación presentado para la obtención del Certificado de asistencia con aprovechamiento del "I Curso de Especialización en Contratación Pública Local", Celebrado durante el año 2009 en el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (Granada)

"Definir políticas de este tipo desde las administraciones requiere del gestor un gran esfuerzo para alejarse de la rutina, y para no claudicar apriorísticamente, aceptando que "los procesos son lo que son" confundiendo muchas veces control de legalidad con "seguidismo" de lo que siempre se ha hecho."

PEREZ LLORCA, J. (2000), Las Empresas de Inserción a Debate

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- LAS CLÁUSULAS SOCIALES.

III.- MARCO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES.

IV.- MODELOS DE EXPERIENCIAS Y APLICACIONES CONCRETAS EN EL ÁMBITO DE LAS CLÁUSULAS.

V.- ANÁLISIS PRÁCTICO DE LA APLICACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

VI.- LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN, CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO O ENTIDADES NO LUCRATIVAS.

I.- INTRODUCCIÓN.-

La introducción de cláusulas sociales en la contratación pública constituye una herramienta rentable económica y socialmente. Su utilización supone un cambio de concepción de las políticas sociales y de la noción del propio contrato, que se ha entendido históricamente como una contraprestación recíproca equivalente, dejando al margen cualquier tipo de política social que por medio de la contratación administrativa pudiera llevarse a cabo.

La Constitución Española en el artículo 40 establece:

“Los poderes públicos promoverán las condiciones para el progreso social y económico y para una distribución de la renta personal más equitativa. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

De este modo, podemos afirmar que los principios rectores de la política social y económica obligan a integrar la contratación administrativa en el conjunto de actuaciones de los poderes públicos. Hasta ahora la contratación únicamente se ha considerado en relación con el objeto del contrato, obviando otros intereses públicos que trascienden a éste.

El potencial que tiene la contratación administrativa en el entorno socioeconómico actual es muy importante, solo en España en 2005 las compras públicas supusieron entorno al 28% del PIB, centrándose principalmente en el ámbito autonómico y local. Es por ello, que la toma en consideración de criterios de índole social, ético y ambiental en la contratación puede dar efectividad a las políticas públicas de promoción laboral y protección del medio ambiente, es más, los acuerdos internacionales sobre asuntos medioambientales no podrán cumplirse si la Administración no contribuye mediante la contratación a cambiar actitudes en las empresas para avanzar hacia el desarrollo sostenible y luchar contra el cambio climático.

Según el artículo 153 del Tratado Constitutivo de la Unión, la lucha contra la exclusión social es uno de los seis objetivos de la política social de la UE.

El Comité Económico y Social de la Unión Europea aprobó el 29 de mayo de 1997 un Dictamen sobre contratación pública en el que se indicaba:

“Una política europea en materia de contratos públicos de obras debería reforzar el concepto de mejor oferta o económicamente más ventajosa, ya que el criterio del precio no es el único determinante. Teniendo en cuenta las prioridades comunitarias, especialmente en materia social, las autoridades públicas adjudicatarias podrán integrar estas preocupaciones en los contratos que realicen”.

Pero a pesar del potencial de la Administración como empleadora, las diferentes Entidades Públicas aún no han tomado conciencia de su capacidad en lograr objetivos con la contratación que vayan más allá de la obra o el suministro, desaprovechándose así la posibilidad de alcanzar fines de mayor alcance. Aún considerando las dificultades que la implantación de cláusulas sociales conlleva, y evidentemente no resulta posible aplicarlas con carácter obligatorio en todos los

contratos, no por ello hemos de dejar de ver las herramientas que nos ofrece el Ordenamiento Jurídico para dar los primeros pasos en esta materia.

La legislación actual no impone en la contratación pública la exigencia “social”, pero al menos no la prohíbe, y permite desarrollar una política de contratación con carácter social a las Administraciones Públicas que tengan inquietudes de este tipo.

II.- LAS CLÁUSULAS SOCIALES.-

1.- CONCEPTO Y DIMENSIÓN DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES.-

Podemos definir las **Cláusulas Sociales** como *“la inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social como requisito previo (criterio de admisión), como elemento de valoración (puntuación) o como obligación (exigencia de ejecución)”* (FUNDACIÓN GAZTELAO, 2002).

La expresión cláusulas sociales alude, en el ámbito de la contratación pública, a la utilización por las Administraciones contratantes de criterios de naturaleza no económica, es decir, a la hora de seleccionar al contratista se tienen en cuenta criterios ajenos a las prestaciones de tipo económico o a su ejecución

Estas circunstancias resultan indiferentes para el cumplimiento del objeto del contrato y para la satisfacción del fin que persiguen las Administraciones Públicas cuando acuden a un proceso de contratación. Así ocurre, por ejemplo, cuando se pretende ejecutar la urbanización de una calle, ésta puede ser ejecutada con completa satisfacción sin necesidad de que la Administración introduzca en el pliego de cláusulas administrativas particulares la obligación para quién resulte seleccionado de tener que reservar un porcentaje de puestos de trabajo para parados de cierta edad o personas en situación de exclusión social.

Hablar de cláusulas sociales implica tener en cuenta diferentes dimensiones: contratación de bienes, productos o servicios con criterios de protección del medio ambiente, de calidad y estabilidad en el empleo, de seguridad en el trabajo, contratación y consumo de productos con criterios éticos en su fabricación, explotación, distribución y comercialización.

Así, podemos mencionar la contratación pública con criterios sociales, propiamente dichos, o sea, la promoción y el acompañamiento al empleo de personas desempleadas en general, o la compra pública ética y, por último, la compra pública verde.

La COMPRA VERDE O ECOLOGÍA conlleva introducir criterios ambientales en todas las fases de un proceso de compra para promover la difusión de las tecnologías ambientales, seleccionando aquellas alternativas más respetuosas y de menor impacto medioambiental y protección del entorno.

La COMPRA PÚBLICA ÉTICA persigue que la Administración Pública contrate y consuma productos que en su fabricación, explotación, distribución y comercialización se hayan respetado unas condiciones dignas de trabajo para el ser

humano y en apoyo de los derechos y no explotación de los países subdesarrollados o en vías de desarrollo.

Estas variadas dimensiones es lo que ha llevado a acuñar un concepto más amplio y global denominado CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE, que abarca e introduce en la contratación pública criterios ambientales, sociales o de comercio justo. Se supera, por tanto, el binomio precio/calidad que ha inspirado hasta ahora la contratación administrativa.

Las cláusulas sociales tienen plena relevancia jurídica para la adjudicación y/o ejecución del contrato, lo que conlleva diferenciarlas de los contratos con finalidades sociales (como puede ser el contrato de obra para la construcción de viviendas de VPO), gracias a estas cláusulas la Administración Pública utiliza la contratación para una finalidad "social", no solo para adquirir un bien, un servicio o ejecutar una obra.

2.- CLASIFICACIÓN.-

Las cláusulas sociales son susceptibles de ser clasificadas en varios grupos atendiendo a diversos criterios:

1.- Por su fuente jurídica.- Dependiendo del título jurídico del que deriva su fuerza política, hay que diferenciar aquellas que pueden venir establecidas en una norma jurídica, ya sea con rango de Ley o de Reglamento, de aquellas otras que solo figuran en los pliegos de cláusulas administrativas, bien generales o particulares.

2.- Por su relevancia para el contrato.- Este criterio de clasificación se basa en la eficacia jurídica de la cláusula y su relevancia para el contrato, pudiendo distinguirse los siguientes supuestos:

a.- Cláusulas que introducen requisitos sociales para acceder a la licitación pública.

b.- Cláusulas que otorgan una puntuación concreta en el baremo de una adjudicación del contrato, de modo que se otorga una ventaja para la adjudicación del contrato a quien acredita el cumplimiento de ciertos requisitos sociales.

c.- Cláusulas de desempate, si se dan circunstancias de igualdad, el contrato se adjudica a quien cumple los criterios sociales.

d.- Cláusulas que establecen condiciones sociales en la ejecución del contrato, son irrelevantes para la adjudicación del mismo, operan en la fase de ejecución de éste, de modo que el contratista, una vez seleccionado, resulta obligado a respetar determinados criterios sociales, que la Administración contratante ha establecido en el pliego.

Estas cláusulas presentan una gran operatividad práctica y aseguran que el adjudicatario, sea quien fuere, está obligado a llevar a la práctica las estipulaciones sociales establecidas en el pliego como condiciones de ejecución.

3.- Por el contenido de las cláusulas sociales.- Su contenido puede ser muy variado, pudiendo referirse a múltiples aspectos dependiendo de los fines que se desean obtener con la contratación en el ámbito social. Podemos hablar de cláusulas que se van dirigidas a promover el empleo y la contratación de personas con problemas de acceso al mercado laboral, igualdad entre hombres y mujeres,

formación en los lugares de trabajo etc. También pueden emplearse para fomentar técnicas más respetuosas con el medio ambiente y potenciar el comercio justo.

3.- BENEFICIOS DE LA UTILIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES.-

La aprobación de normas imperativas ofrece más ventajas para la consecución de los fines sociales al existir una norma habilitante que le da cobertura que el empleo de fórmulas de menor capacidad como son las cláusulas.

La contratación pública, que se ha basado tradicionalmente en unos criterios objetivos: el precio y las condiciones técnicas, utilizó en sus orígenes la subasta pública como único criterio de adjudicación, donde el único factor a tener en cuenta era el precio más bajo, posteriormente surgió la figura del concurso, debido a la evidencia de que la política del ahorro a toda costa en las Administraciones Públicas no era la más acertada, no siempre lo más barato es lo mejor, máxime teniendo en cuenta que la subasta queda desvirtuada por los sucesivos modificados con repercusión económica de que es objeto el contrato.

La Sentencia del TS de 23 de mayo de 1997, así lo indica con una afirmación clarificante: **la Administración no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más favorable al interés público.**

La Exposición de Motivos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, argumenta *“...En particular, los términos “concurso” y “subasta” que en la legislación nacional se refieren, de forma un tanto artificiosa, a “formas de adjudicación” del contrato como instrumento que debería utilizarse en conjunción con “los procedimientos de adjudicación”, se subsumen en la expresión “oferta económicamente más ventajosa”, que remite en definitiva, a los criterios que el órgano de contratación ha de tener en cuenta para valorar las ofertas de los licitadores en los diferentes procedimientos abiertos, restringidos o negociados, ya se utilice un único criterio de adjudicación (el precio, como en la antigua “subasta”) o ya se considere una multiplicidad de ellos (como en el antiguo “concurso”).”*

El enfoque de este trabajo se centra en la posibilidad de que la contratación comporte, además de la satisfacción de un objeto que persigue la Administración Pública, ya sea la realización de un obra, la prestación de un servicio y la realización de un suministro, la ejecución de políticas de carácter social en las que se tomen en cuenta otros criterios como pueden ser los de carácter medioambiental, éticos o de acceso al mercado laboral.

Combinar ambos criterios resulta racional si consideramos que las Administraciones Públicas en el ámbito de la UE tenían un peso en el mercado que alcanzaba el 11% del PIB, según datos del año 2004, es decir, un trillón de euros, conjugar criterios sociales y económicos determina una rentabilidad social que desde el punto de vista financiero supone un ahorro del gasto público.

Considero, por tanto, que las Administraciones Públicas pueden y deben colocarse en posiciones estratégicas de intervención activa en el mercado laboral por medio de la contratación pública, utilizando un mecanismo que a priori no ha estado destinado a este fin, para la consecución de políticas sociales a favor de colectivos que presentan mayores dificultades de acceso a un puesto de trabajo.

“La contratación administrativa se halla sujeta al interés público. Este interés público, hasta ahora, solo se ha considerado en relación con el objeto directo del contrato, es decir, con la obra, la prestación del servicio o el suministro que constituyen las concretas obligaciones que el contratista se compromete a realizar. El valor interpretativo de los principios rectores tiene aquí el sentido de introducir en la figura del contrato administrativo otros intereses públicos que trascienden el objeto directo de cada contrato individualmente considerado. Se trata de concebir la contratación pública, gracias a la inclusión de cláusulas sociales, como un instrumento para llevar a cabo políticas públicas transversales. Los principios rectores obligan a integrar en la contratación administrativa con el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos”. Maravillas Espín Sáez y Eduardo Melero Alonso, Revista núm. 1 de la Comunidad de Madrid, 1999.

Centrándonos en los beneficios propiamente dichos que comportan las cláusulas sociales y atendiendo a las ventajas susceptibles de producir para los diferentes agentes sociales que se pueden ver involucrados en el proceso, podemos diferenciar:

3.1.- Beneficios para las Administraciones Públicas.-

Los beneficios que reportan a las Administraciones Públicas vienen determinados tanto por la reducción del gasto público como por el aumento de ingresos que conllevan. Una persona en situación de desempleo y/o exclusión social requiere que el conjunto de las Entidades Públicas, en función de sus respectivas competencias, destinen a ella un número de recursos importantes, que van desde los subsidios de desempleo, políticas de acompañamiento al empleo, promoción empresarial, formación ocupacional, hasta subvenciones que fomenten la empleabilidad sobre todo en el marco local.

Desde una óptica puramente de cuantificación de recursos hay que señalar que el volumen que una Administración Pública destina en su presupuesto a la contratación pública, servicios públicos y compra de suministros tiene un peso muy superior a las partidas que se destinan a políticas activas de empleo o gasto social. Por consiguiente, parece de toda lógica que se utilice la contratación pública para fomentar el acceso al mercado laboral, complementando las actuaciones públicas tradicionales que hasta ahora se han venido utilizando en la lucha contra el desempleo, ya que la praxis nos ha demostrado que no hay fórmulas novedosas para combatir este problema.

Los ingresos que producen a las Haciendas Públicas son de índole variada pudiendo afectar a diferentes sectores del presupuesto de ingresos: aumento de la recaudación por IVA, IRPF, Impuesto sobre Sociedades, mayores cotizaciones a la Seguridad Social; estas últimas implican el mantenimiento por sí mismo del sistema público de pensiones, garantizando las mismas por los ingresos derivados de su gestión sin aportación estatal.

3.2.- Beneficios para los colectivos en situación de desempleo en general.-

Las cláusulas sociales priorizan la rentabilidad social ya que proporcionan empleo, lo que significa para este colectivo disponer de medios económicos a través del trabajo personal, no provenientes de subsidios u otras prestaciones similares, favoreciendo la autoestima y la dignidad personal, e impidiendo la marginación social y la indigencia a las que el desempleo aboca, en algunos casos, a las personas.

Indirectamente y en un segundo estadio le dan derecho a acceder a la cobertura por desempleo y, en última instancia, al sistema de prestaciones de la Seguridad Social.

El acceso al empleo que generan las cláusulas sociales no es estable en la mayoría de los casos, pero supone un apoyo a colectivos desfavorecidos laboralmente (mayores de cierta edad, mujeres, etc...) que en contextos generalizados de crisis, como la actual, son los más vulnerables al desempleo.

La rentabilidad para las personas laboralmente desfavorecidas que acceden a un puesto laboral, más o menos normalizado, por medio de estas cláusulas sociales, también viene de las actividades simultáneas de formación laboral que las mismas pueden contemplar.

3.3.- Beneficios para la sociedad en general.-

La incorporación al mercado laboral favorece el consumo y el producto interior bruto. Al aumentar la renta de las personas se dinamiza la economía en general, lo que indirectamente implica que determinados sectores no tengan que subvencionarse debido a la ralentización de las ventas.

La introducción de cláusulas sociales en la contratación pública supone que las empresas contribuyen a la consecución de objetivos sociales mediante la contratación de personas desempleadas en general. Incorporándose a la consecución de estos objetivos se fomenta la responsabilidad de las empresas centradas tradicionalmente en el aspecto puramente lucrativo de su objetivo social.

Las Administraciones Públicas han de tener un papel ejemplarizante en la sociedad que sirva de revulsivo para mover conductas en las empresas, no atendiendo solo al precio de los bienes y servicios sino al valor ético y social que la compra pública puede generar.

3.4.- Beneficios para las Entidades de Economía Social, Empresas de Inserción y ONG de acción Social.-

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el año 2000, coeditó el trabajo realizado por el Equipo de Investigación de la Fundación Tomillo, titulado "Empleo y Trabajo Voluntario en las ONG de Acción Social", que puso de manifiesto que 284.000 personas trabajan de modo asalariado en las ONG de Acción Social, lo que implica una aportación millonaria a la renta disponible de las personas, unos ingresos fiscales de 94.000 millones de las antiguas pesetas y cotizaciones a la Seguridad Social por valor de 1.382.328,00 €.

Conviene detenerse mención aparte de las cifras aportadas, en el potencial para generar empleo de que disponen las entidades del Tercer Sector, las cláusulas sociales permiten que estas entidades contraten personas desfavorecidas. Proporcionan trabajo en lugar de subsidios y subvenciones.

Los proyectos empresariales que se lideran desde las entidades de economía social crean un mercado eficaz, garantizan, dan viabilidad y estabilidad al empleo que sus proyectos generan.

No obstante, la creación e implantación de este tipo de sociedades no está exenta de dificultades y críticas, al considerar que la utilización de cláusulas sociales que favorezcan el acceso de estas empresas de inserción a la contratación pública vulnera los principios de igualdad y la libre competencia que han de inspirar dicha contratación pública.

Pero primar a estas sociedades aporta una nueva perspectiva al acceso al mundo laboral, no a través de una política de subvenciones sino de contratación de personas y de sectores que no pueden concurrir al mundo laboral en igualdad de oportunidades. Por tanto, es deseable que las Administraciones Públicas proporcionen mercado a las Empresas de Inserción, mediante cláusulas sociales que permitan la adjudicación de contratos públicos e incluso creando mercados tutelados.

Más adelante se tratará el tema específico de las posibilidades legales de discriminación positiva a Empresas de Inserción y Entidades no Lucrativas de Carácter Social en general.

III.- MARCO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES.-

1.- INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DE LOS PAÍSES MIEMBROS.-

Que los mercados de los países miembros se abrieran a la libre competencia de las empresas, creándose un verdadero mercado único, ha sido la finalidad de las Directivas comunitarias en materia de contratación.

El Derecho Comunitario en ningún momento pretendió crear un modelo de contrato aplicable a todos los países miembros, su propósito era propiciar la apertura de los mercados de contratación pública mediante la aplicación de unas normas comunes referidas a la publicidad y selección del contratista y, en última instancia, por medio de la tutela judicial o administrativa de aquellas empresas que se sintieran discriminadas por alguna de las cláusulas o condiciones de participación en los procedimientos de contratación.

Esto ha permitido que cada país miembro conservara su peculiar regulación de la contratación pública, así como vías diferentes para integrar las Directivas en la legislación interna. Como ejemplo de esta afirmación se puede citar el caso del Derecho español en comparación con el alemán.

El Derecho español ha hecho suyas gran parte de las Directivas de contratación, incorporando las normas europeas a los procedimientos de adjudicación de todos los contratos administrativos, aunque no estén en el ámbito comunitario. Por el contrario, en el caso del Derecho alemán las Directivas europeas de contratación sólo se aplican a los contratos sujetos al Derecho Comunitario, los restantes contratos se rigen por su Derecho privado.

Esta dualidad pone de relieve que aquellos países que han incorporado las Directivas de contratación a su legislación de contratos públicos les afecta la interpretación que el Tribunal Europeo de Justicia efectúa sobre el Derecho Comunitario, de modo que, en virtud del principio de seguridad jurídica consagrado

en el artículo 9.3 de la CE, las Administraciones y los jueces no pueden prescindir de esa interpretación y significado al incorporar a nuestro Ordenamiento Jurídico conceptos de Derecho Comunitario.

El Tribunal de Justicia, en Sentencia de 16 de junio de 1998, así lo puso de manifiesto:

“... cuando una disposición pueda aplicarse tanto a situaciones regidas por el Derecho nacional como a situaciones regidas por el Derecho Comunitario, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, dicha disposición reciba una interpretación uniforme, cualquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse”.

Los jueces nacionales, también, pueden plantear cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho Comunitario aún en el caso de que se trate de asuntos que afecten al derecho interno exclusivamente.

En conclusión, en materia de contratación pública, como en otras materias, el Derecho interno puede optar por recoger el contenido de las Directivas comunitarias, de modo que la legislación nacional se inspire en principios semejantes tanto para los contratos que tengan relevancia comunitaria como los que sean puramente internos.

Las Directivas de contratación no producen efectos directos en el Derecho interno de los países miembros, para que sean de aplicación han de ser incorporadas al Ordenamiento Jurídico de cada Estado miembro y serán las normas de transposición las que se apliquen en los procedimientos de adjudicación de los contratos, no afectando a todos los contratos solo cuando superan un determinado umbral económico relativamente elevado.

Esta influencia del Derecho Comunitario en la legislación de contratos administrativos la evidencia la LCSP en su Exposición de Motivos: *“...desde la adhesión a las Comunidades Europeas la normativa comunitaria ha sido el referente obligado de nuestra legislación de contratos públicos, de tal forma, que en los últimos veinte años, las sucesivas reformas que se han llevado a cabo desde el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas han tenido como una de sus principales justificaciones la necesidad de adaptar esta legislación a los requerimientos de las Directivas comunitarias.”*

2.- COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN DE LA CE DE 2001.-

Las Directivas anteriores a la 2004/18 no aludían ni hacían referencia alguna a las cláusulas sociales. Este silencio normativo sembraba la duda de si las Administraciones Públicas podían utilizar criterios sociales a la hora de adjudicar los contratos públicos, o, por el contrario, la afirmación que contenían dichas Directivas, al ordenar que el contrato se adjudicara a la “oferta económicamente más ventajosa” implicaba necesariamente criterios de trascendencia económica que pusieran de manifiesto únicamente la relación calidad- precio.

Ante este vacío normativo surge la Comunicación Interpretativa de la Comisión del año 2001, cuyo objeto es clarificar el abanico de posibilidades que ofrece el marco jurídico comunitario vigente para integrar aspectos sociales en los contratos públicos, **“de manera que contribuyan al desarrollo sostenible, concepto éste que**

combina el crecimiento económico, el progreso social y el respeto del medioambiente”.

Como se ha señalado anteriormente las Directivas no contemplaban la posibilidad de que con motivo del procedimiento de adjudicación de un contrato público pudieran satisfacerse objetivos de política social, con dicha Comunicación se explicitaron las posibilidades que ofrecía la normativa comunitaria aplicable a la contratación pública siguiendo las distintas fases de un procedimiento de contratación, señalando, en cada una de ellas, si es posible tomar en consideración ciertos aspectos sociales y en qué medida. De este modo, podemos diferenciar:

2.1.- Definición del objeto del contrato.-

Esta sería la primera fase de integrar aspectos sociales en un contrato público, es decir, en el momento de elección del objeto a satisfacer. Las Administraciones Públicas al definir los productos o servicios que desean adquirir o las obras que desean ejecutar, pueden optar por aquellas que se adecuan mejor a sus objetivos de carácter social, siempre que el objeto del contrato quede definido de tal forma que no imposibilite el acceso de otros licitadores de los Estados miembros.

En cualquier caso, la Comunicación Interpretativa da la impresión de estar refiriéndose a que un contrato esté destinado a un uso social, pongamos por caso la construcción de una guardería infantil, lo cual no plantea problema alguno, ya que dichos contratos han de adjudicarse con arreglo a las normas contenidas en las Directivas si entran dentro de su ámbito de aplicación.

2.2.- Especificaciones Técnicas.-

De acuerdo con la Comunicación citada, los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de establecer especificaciones técnicas que definan con mayor precisión el objeto del contrato, pudiendo referirse a la seguridad de quienes trabajan en una obra pública, señalizaciones, almacenamiento de productos peligrosos, etc. Incluso, los poderes adjudicadores pueden exigir que los productos se realicen de tal forma que respondan a sus necesidades, como pudiera ser, la fabricación de ordenadores para su uso por personas con dificultades visuales.

2.3.- Selección de los candidatos o licitadores.-

Las Directivas abarcan dos conjuntos de normas en lo referente a la selección de candidatos:

2.3.1.- Circunstancias en las que la situación personal de un candidato puede dar lugar a su exclusión de un procedimiento de contratación.- Estas circunstancias incluyen la quiebra, la condena por delito, las faltas profesionales graves, incumplimiento de la legislación social por no estar al corriente del pago de la Seguridad Social o que se haya cometido una falta grave en materia profesional.

2.3.2.- Criterios relacionados con su capacidad económica, financiera o técnica.- La Comisión puntualiza que los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de imponer condiciones relativas a la ejecución del contrato, y de integrar en ese momento, la obligación para el contratista de contratar a desempleados de larga duración.

Este criterio tiene lugar una vez dictaminado por el Tribunal de Justicia Europeo el asunto Beentjes, en el que se desestimó el criterio de contratar a parados de larga duración al no guardar relación alguna con la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica.

En definitiva, en las Directivas se especifica que la información requerida para demostrar la situación económica y financiera, así como la capacidad técnica, deben tener relación con el objeto del contrato.

Por lo que se refiere a la integración de aspectos sociales al comprobar la capacidad técnica de los candidatos o licitadores, ésta es posible siempre que el objeto del contrato así lo requiera, pudiéndose, pongamos por caso, verificarse la plantilla de la empresa y su cualificación, sus equipos técnicos y sistema de calidad, a fin de que los poderes adjudicadores se aseguren que las empresas pueden llevar a cabo el objeto del contrato al disponer de medios materiales y humanos adecuados.

2.4.- Adjudicación del contrato.-

Las Directivas existentes sobre contratos públicos enumeraban una serie de criterios en los que los poderes adjudicadores pueden basarse para determinar la oferta más ventajosa desde el punto de vista económico, imponiendo dos condiciones: que se observase el principio de no discriminación y que los criterios utilizados supusieran una ventaja económica para el poder adjudicador. Los criterios que se mencionan han de estar vinculados al objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución, no mencionándose en las Directivas los criterios de tipo social.

2.5.- Ofertas anormalmente bajas.-

Las Directivas establecían que era posible rechazar ofertas que a los poderes adjudicadores les pareciesen anormalmente bajas tomando en consideración aspectos como el incumpliendo de normas sobre seguridad o empleo, debiendo comprobarse tales extremos con arreglo a las normas de Derecho nacional de cada país miembro, tramitándose para ello un procedimiento contradictorio en el que hay que escuchar a la empresa afectada.

2.6.- Ejecución del contrato.-

Ésta es la fase donde los poderes adjudicadores han contado con un amplio margen de actuación a la hora de imponer criterios sociales. Podemos enumerar a título meramente ejemplificativo algunas de estas condiciones, siempre que se ajusten al Derecho Comunitario y no tengan un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de los demás estados miembros:

- Obligación de contratar a desempleados.
- Organizar actividades de formación para el personal contratado.
- Medidas para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
- Respetar las disposiciones sobre los convenios fundamentales de la OIT, en los casos en que no se hayan incorporado al ordenamiento del país miembro.

3.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO.-

Como se ha apuntado anteriormente las Directivas no se aplican a todos los contratos que adjudican los poderes públicos, éstas son únicamente obligatorias cuando se sobrepase un determinado umbral económico y siempre que se trate de contratos de obras, servicios o suministros.

Hecha esta consideración previa hay que aludir, en primer término, a la Sentencia del TJ Europeo, de fecha 13 de octubre de 2005, asunto C-458-03, Parking Brixen, en la que se argumentaba que todos los contratos públicos han de respetar el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad consagrado en el Tratado. En esta Sentencia queda reflejada la postura de que a los contratos que no están sometidos al ámbito de aplicación de la Directiva 2004 no le son de obligado cumplimiento el contenido íntegro de la misma, pero que una adjudicación sin procedimiento alguno dificulta la comprobación de si ha existido igualdad de trato entre todos los aspirantes de diversas nacionalidades.

Efectuada esta precisión veamos, en varias sentencias, la interpretación que el Tribunal de Justicia ha consolidado sobre la posibilidad de introducir cláusulas sociales en la contratación pública.

3.1.- Sentencia BEENTJES de 20 de septiembre de 1988 (asunto 31/87).-

Se suscitan diversas cuestiones en el marco de un litigio entre la empresa Beentjes BV y el Ministerio de Agricultura y Pesca de los Países Bajos, sobre la adjudicación pública de un contrato de obras en el marco de una concentración parcelaria. Beentjes, la parte demandante, alegó que la decisión del poder adjudicador al excluir su oferta a pesar de ser la más baja, en beneficio de una empresa que había licitado por una cantidad superior, había sido adoptado con manifiesta infracción de la Directiva 71/305 del Consejo, sobre la Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos de Obras.

Ante esta situación el poder adjudicador suspende el procedimiento y plantea al TJ que se pronuncie con carácter prejudicial sobre varias cuestiones, versando una de ellas, a los efectos que nos ocupa, sobre la exclusión de un licitador por la incapacidad de emplear a trabajadores en paro prolongado.

En síntesis, el TJ declara que: *“La condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la Directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad. Tal condición específica adicional debe ser obligatoriamente mencionada en el anuncio del contrato.”*

Con esta Sentencia se admite, con carácter general, la posibilidad de incorporar criterios de política social a la contratación pública, pero el Tribunal dictaminó, en el caso concreto que juzgaba, en el apartado 28 de la misma, textualmente: *“Por lo que respecta a la exclusión de un licitador por no estar, a juicio del órgano de contratación, en condiciones de emplear a trabajadores en paro prolongado, debe señalarse que tal requisito no guardaba relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los criterios de adjudicación del contrato a que alude el artículo 29 de la Directiva.”*

Se sienta la jurisprudencia de que la aplicación de dichas condiciones debe ajustarse a las Directivas y respetar las normas de publicidad, estableciendo que con el fin de cumplir el objetivo de la Directiva de garantizar el desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los poderes públicos, los criterios y condiciones que rigen cada contrato deben ser objeto de una publicidad adecuada por parte de los poderes adjudicadores.

3.2.- Sentencia de 26 de septiembre de 2000, asunto C-225/98.-

Esta sentencia tiene su origen en el recurso planteado por la Comisión contra Francia por incumplimiento de la Directiva 71/305 CEE y de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 59 del Tratado de la CE, vigente en aquel momento, en los diversos procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras relativos a la construcción y mantenimiento de edificios escolares convocados por la Región Nord-Pas-de-Caláis.

La Comisión alega que las autoridades francesas vulneraron el artículo 30 de la Directiva 93/37, al incluir explícitamente como criterio de adjudicación, en determinados anuncios de licitación, una condición relativa al empleo, relacionada con la acción local de lucha contra el desempleo. La Comisión reconoce que la toma en consideración de acciones vinculadas al empleo puede entenderse como condición de ejecución conforme a la jurisprudencia Beentjes, pero no como criterio de adjudicación, pues en virtud del artículo 30 de la Directiva 93/37 los criterios de adjudicación deben basarse bien en el precio más bajo, bien en la oferta económicamente más ventajosa.

La Sentencia admite que se utilice como criterio de adjudicación una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho Comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las Disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios.

Lo significativo y relevante de esta Sentencia es que posibilita las cláusulas sociales como criterio de selección, y no como criterio de ejecución que contempló la sentencia Beentjes.

3.3.- Sentencia CONCORDIA BUS de 17 de septiembre de 2002 (asunto C-513/99).-

La Sentencia aborda las cuestiones suscitadas en el marco de un litigio entre CONCORDIA BUS FINLAND OY AB frente a la ciudad de Helsinki y la empresa HKL, acerca de la validez de una decisión de la Comisión de Servicios Comerciales de la ciudad de Helsinki sobre la adjudicación del contrato relativo a la gestión de una línea de red de autobuses urbanos de esta última.

En dicha Sentencia se introduce un cambio muy importante al declarar que los requisitos sociales deben estar relacionados con el objeto del contrato, no admitiéndose la posibilidad de que los criterios sociales que se establezcan como causas de baremo no afecten al objeto del contrato. En la misma se aceptó el criterio de selección que consistía en favorecer a los licitadores, en un contrato de transporte urbano, que ofrecieran prestar el servicio con vehículos menos contaminantes.

El Tribunal de Justicia, en resumen, sentenció lo siguiente:

- Cuando en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicataria decide otorgarlo al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, siempre que estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicataria una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho Comunitario, y en particular, el principio de no discriminación.
- El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con el medio ambiente, por el mero hecho de que solo los cumpla la empresa adjudicataria.

3.4.- Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 2003.-

Esta Sentencia versa sobre la ilegalidad de un criterio de adjudicación en un procedimiento abierto para un contrato de suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, al que se atribuye un coeficiente de ponderación del 45%. Este criterio, argumenta el TJ, no se opone a la normativa comunitaria en si mismo siempre que vaya acompañado de los requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas que presenten las empresas.

4.- LA DIRECTIVA 2004/18/CE.-

La Directiva comunitaria 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, Suministro y de Servicios, es la primera que aborda y regula de forma expresa las cláusulas sociales en la contratación pública.

La Directiva contempla de forma unitaria los contratos de obras, suministro y servicios, mientras que con anterioridad existía una Directiva diferente para cada tipo de contrato, ésta, además de sustituir y refundir las anteriores, introduce cambios trascendentales en esta regulación, **“suponiendo un avance cualitativo en la normativa europea de contratos”**.

Su contenido en relación con las cláusulas sociales está basado en la Jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia Europeo. Por lo que respecta a los criterios de adjudicación viene a clarificar las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales del Tratado y, en particular, los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

Esta Directiva comunitaria sobre contratación pública sienta, pues, los principios que han de ser respetados en todo proceso de licitación:

- Libre movimiento de mercancías y libertad de ofrecer servicios.
- No discriminación, los criterios sociales, éticos y ambientales no se pueden introducir de modo que favorezcan a priori a unos proveedores frente a otros.
- Proporcionalidad, para la adjudicación del contrato deberán tenerse en cuenta criterios objetivos y proporcionales y que estén relacionados con el objeto del contrato.
- Transparencia y publicidad, todos los licitadores han de ser informados de la misma forma y de forma simultánea, especificándose claramente los criterios de selección y adjudicación que permitan comparar objetivamente las ofertas.
- Reconocimiento mutuo, se han de aceptar productos que cumplan las especificaciones técnicas mostrando certificados equivalentes a nivel europeo.

El Preámbulo de la Directiva menciona que el empleo y la ocupación son elementos claves para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad, refiriéndose a los programas de talleres y empleos protegidos como mecanismos que contribuyen a la inserción y reinserción en el mercado laboral de personas con discapacidad, pero que en condiciones normales de competitividad presentan dificultades para obtener contratos, por lo que es conveniente que los Estados miembros reserven a este tipo de talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.

El artículo 19 de la Directiva da cobertura legal a la reserva de participación o de ejecución en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a estos talleres protegidos, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o la gravedad de sus deficiencias, no pueden ejercer una actividad profesional en condiciones normales, debiendo mencionarse en el anuncio de licitación.

En el ámbito de las condiciones de ejecución para que sean compatibles con la Directiva se han de mencionar en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y no ser directa o indirectamente discriminatorias. En particular, pueden tener por objeto:

- Favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo.
- Combatir el paro en términos generales.
- Favorecer la formación profesional de jóvenes o desempleados.
- Promocionar el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción o acceso al mercado laboral.
- Contratar a desempleados de larga duración.
- Promover el consumo responsable, la llamada compra ética o comercio justo.
- Contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.
- Propiciar la igualdad de acceso al mercado laboral de mujeres y hombres, etc.

El artículo 26 de la Directiva, refiriéndose a las condiciones de ejecución de los contratos, señala textualmente:

“Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social o medioambiental”

Este precepto expresa con rotunda claridad la posibilidad de introducir cláusulas sociales, en sentido amplio (sociales, éticas o medioambientales), en la contratación pública desplazándolas a la fase de ejecución del contrato, ya que por lo que respecta a su utilización como criterios de valoración de las ofertas, la Directiva no las contempla de modo expreso en su articulado. En su Preámbulo se hace referencia a que se pueden utilizar criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que en particular respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato. De acuerdo con la Jurisprudencia, de ámbito europeo, para que sean admisibles las cláusulas de baremo han de cumplir tres condiciones:

- Que estén relacionadas con el objeto del contrato.
- Que se anuncien en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.
- Que no sean discriminatorias directa o indirectamente.

En la práctica lo que limita o dificulta la utilización de cláusulas sociales como criterios de valoración es la vinculación al objeto del contrato, por el contrario, en los criterios de ejecución del contrato no se exige que estén vinculados al mismo, lo que facilita enormemente las posibilidades de que se tengan en cuenta dichos criterios sociales, éticos o medioambientales en la contratación pública.

Recapitulando, la Directiva parece considerar que las cláusulas sociales deben quedar supeditadas a la fase de ejecución del contrato y como condiciones de ejecución, de modo que, una vez ultimado el proceso de selección del contratista, y sea quien fuere el adjudicatario, debe cumplirse lo estipulado en el pliego como condiciones de ejecución.

5.- MARCO LEGAL ACTUAL: LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.-

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, vigente a partir del 1 de mayo de 2008, responde a la necesidad de incorporar la Directiva 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, Suministros y Servicios, que como se ha indicado anteriormente aporta numerosos cambios al incorporar la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo sobre contratación pública.

La Exposición de Motivos de la Ley 30/2007 argumenta que la norma resultante no se ha limitado a incorporar al Ordenamiento Jurídico español el contenido de la Directiva, sino que ha adoptado un planteamiento de reforma global, introduciendo modificaciones en diversos ámbitos en respuesta a las peticiones

formuladas desde varias instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales).

Una de las novedades incluidas es la referente a la introducción en la contratación pública de condiciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución de los contratos o como criterios para valorar las ofertas, *“prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un comercio justo con los países subdesarrollos o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo (2005/2245 INI).”*

La anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no decía expresamente que se pudieran introducir cláusulas sociales en los pliegos de condiciones técnicas y/o administrativas, aunque tampoco lo prohibía, este hecho determinó que los responsables del control de la legalidad consideraran que la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública presentaba dificultades jurídicas, existiendo el peligro de que las mismas perjudicasen la transparencia y objetividad que debe presidir todo procedimiento de contratación.

Su aplicación no ha estado exenta de complicaciones desde el ámbito práctico, enfrentándose a la acusación de vulnerar los principios básicos de la contratación pública de igualdad y libre competencia. A pesar de ello, han existido intentos de aplicación de cláusulas sociales siendo uno de los más importantes el Decreto 213/1998, de la Comunidad Autónoma de Madrid, que obligaba a incluir en todos los pliegos de condiciones de los contratos de obras una cláusula social que daba prioridad a las empresas que opten por la estabilidad en el empleo, estableciéndola como cláusula de baremo, con una puntuación equivalente al 20% (a este Decreto nos referiremos más detalladamente en páginas posteriores).

La actual LCSP, por tanto, ha clarificado el panorama legislativo y la posibilidad de utilizar las cláusulas sociales en la contratación pública bien como criterios de valoración de las ofertas bien como condiciones de ejecución del contrato.

5.1.- Cláusulas sociales como criterios de valoración de las ofertas.-

El artículo 134 de la LCSP establece que para la valoración de las proposiciones y determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa hay que atenderse a criterios que estén directamente vinculados con el objeto del contrato, enumerando algunos criterios entre los que incluye expresamente: *“...las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar...”*

Dispone el párrafo 2 que los criterios que han de servir de base se determinarán por el órgano de contratación, detallándose en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

El párrafo 3 de dicho artículo señala que la valoración conjunta de varios criterios procederá, entre otros casos: *“h) contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medioambiente, en cuya adjudicación se valorarán*

condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía, el coste ambiental del ciclo de vida, la generación y la gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.”

De este modo, la oferta económicamente más ventajosa como criterio de adjudicación admite no solo valorar el precio, el plazo, el servicio post venta y la calidad, sino también puntuar por la mejora ambiental, social o de productos de comercio justo.

Estos criterios de adjudicación han de cumplir una serie de requisitos, que ya se han señalado al referirnos a la Directiva 2004/18, y son:

- Se tienen que mencionar en el anuncio de licitación. En el pliego de cláusulas técnicas se habrán de introducir los criterios mínimos que se han de tener en cuenta en materia ambiental, social o de comercio justo.
- En el pliego de cláusulas administrativas particulares se ha especificar el criterio adicional y el método de cuantificación.
- Han de ponderarse de forma objetiva.
- Han de estar directamente relacionados con el objeto del contrato.

5.2.- Cláusulas sociales como condiciones especiales de ejecución del contrato.-

Están reguladas en el artículo 102 de la LCSP, que establece que los órganos de contratación podrán contemplar condiciones especiales de ejecución de los contratos, siempre que sean compatibles con el Derecho Comunitario, se indiquen en el anuncio de licitación, en el pliego y en el contrato. Pudiendo referirse a condiciones de tipo medioambiental o social con el fin de promover el empleo de personas con dificultades de inserción en el mercado laboral, eliminar desigualdades de inserción en el mercado laboral, favorecer la formación en el lugar de trabajo u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia para el empleo definida en el artículo 125 del Tratado de la Comunidad Europea o garantizar el respeto de los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción.

Con el objeto de garantizar, durante la ejecución del contrato, los criterios señalados que se hayan establecido como condiciones de ejecución, se podrán establecer en el pliego de cláusulas administrativas, o en el contrato, dentro de la cláusula de penalizaciones, las sanciones para el supuesto de incumplimiento o bien atribuirles el carácter de obligaciones esenciales y considerarlas como causas de resolución del contrato, a tenor de lo señalado en el artículo 206 g) de la LCSP.

Pero la LCSP va, incluso, más allá de considerar este incumplimiento como causa de sanción o resolución del contrato, sino que establece en el artículo 49.2 e) que es una causa de impedimento para contratar con la Administración Pública haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con el artículo 102, cuando dicho incumplimiento hubiera sido definido en los pliegos o el contrato como infracción grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo de la LCSP, y siempre que haya concurrido dolo, culpa o negligencia por parte del empresario.

La LCSP recoge los principios de la Directiva 2004/18, como no podía ser de otro modo, desvinculando totalmente del objeto del contrato las cláusulas sociales, medioambientales o éticas que se establezcan como condición de ejecución del contrato, e imponiéndolas como una carga al empresario adjudicatario del mismo.

A juicio de Alejandro Huergo Lora las condiciones de ejecución presentan dos ventajas: *“no falsean el procedimiento de adjudicación (es decir, no puede suceder que gane el contrato, gracias las cláusulas sociales, una oferta que no sea la mejor), y además son más transparentes desde el punto de vista del poder público, en el sentido de que se presentan como auténticas obligaciones y no como compromisos supuestamente voluntarios pero en realidad forzados desde el momento en que el baremo les da una determinada preferencia.”*

A diferencia de la opinión de este autor considero que, en el contexto actual, la introducción de cláusulas sociales en la contratación pública se ha convertido en una herramienta transversal que sirva para cambiar determinados comportamientos en las empresas, de modo que ganar un contrato gracias a las cláusulas sociales sea como consecuencia de que esa oferta ha sido, precisamente, por su valor ambiental, social o ético, la mejor, y por tanto, la oferta económicamente más ventajosa, lo que conlleva normalizar su uso. Las cláusulas sociales no deben entenderse como una herramienta aislada, ni su utilización desvirtúa el objeto del contrato ni su cumplimiento a plena satisfacción para las partes.

Veamos, a título de ejemplo, dos posibles formas de contratar un mismo servicio:

- Contratación del Servicio de Jardinería mediante procedimiento abierto cuya adjudicación se efectuará a través de la oferta económicamente más ventajosa bajo una pluralidad de criterios de adjudicación.
- Contratación del Servicio de Jardinería con métodos y prácticas más respetuosas con el medioambiente para el fomento de acceso al mercado de trabajo de mujeres en riesgo de exclusión social, mediante procedimiento abierto cuya adjudicación se efectuará a través de la oferta económicamente más ventajosa varios criterios de adjudicación.

En cualquier caso su contenido y los criterios de valoración se han de concretar en otro momento posterior: en las especificaciones técnicas y en los criterios de adjudicación.

IV.- MODELOS DE EXPERIENCIAS Y APLICACIONES CONCRETAS EN EL ÁMBITO DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES.-

Podemos citar, a título informativo, algunas de las abundantes experiencias y aplicaciones concretas de cláusulas sociales en la contratación pública española, básicamente en el ámbito municipal:

- 1.- Ayuntamiento de Bilbao.-** Aprobó la modificación de los Pliegos Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de Suministros, Obras y Servicios, en los que se establecía que a las empresas que contratasen desempleados con especiales dificultades de acceso al mercado laboral se le otorgaba un porcentaje de puntuación entre el 10% y

el 15%, cuando al menos el 20% de la plantilla pertenezca a colectivos desfavorecidos.

2.- Ayuntamiento de Pamplona.- Para la contratación del Servicio de Ayuda a Domicilio consideró entre sus criterios de adjudicación:

- Hasta el 20% de puntos por tratarse de empresas de economía social o sin ánimo de lucro.
- Hasta el 25% de puntuación a aquellas empresas que integran un mínimo de 30% de personas de colectivos desfavorecidos.

3.- Ayuntamiento de Girona.- Aprobó en Pleno celebrado el día 17 de diciembre de 1999, una cláusula social en parte de los contratos de obras del Ayuntamiento, estableciendo como requisito en la contratación, a modo de prescripción técnica, a aplicar en el desarrollo de ciertas obras que un porcentaje a contratar de trabajadores que formaran la plantilla que ejecutara el contrato, sean elegidos por la empresa adjudicataria entre aquellos que formen parte del programa de incorporación sociolaboral municipal.

4.- Ayuntamiento de Getxo.- Una vez valorada la importancia de la política municipal como generadora de empleo directo o indirecto, el Pleno, en sesión celebrada el día 26 de marzo de 1999, tomó el acuerdo por el que se comunicaba a la Unidad de Contratación y Compras, la necesidad de introducir en los Pliegos de Condiciones de Subastas y/o Concursos para la Contratación de Obras y Servicios, los criterios de valoración de los compromisos de contratación de personas integrantes de colectivos con dificultades para acceder al mercado laboral.

Mención especial merecen las acciones emprendidas por el Ayuntamiento de Sevilla y la Comunidad Autónoma de Madrid, tanto por lo ambicioso de los objetivos pretendidos y la aplicabilidad de sus medidas, así como por los pronunciamientos de tipo jurídico de órganos consultivos y jurisprudenciales de que han sido objeto.

1.- PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS GENERALES DE CALIDAD SOCIAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA.-

Consecuencia de los resultados electorales del año 2003, el Ayuntamiento de Sevilla configuró el "Pacto de Progreso de la Ciudad de Sevilla", cuyo objetivo era una más justa y equitativa distribución de los beneficios del crecimiento económico de esta ciudad, cuya acción prioritaria de gobierno era el "Pacto Local por el Empleo".

Como parte muy importante de este Pacto surge el denominado "Pacto por la Calidad del Empleo de la Ciudad de Sevilla", que articuló la propuesta de introducir en la contratación pública municipal criterios de calidad social a incluir en los contratos públicos para fomentar el empleo, la calidad del mismo y la mejora de las condiciones sociales en el mercado de trabajo.

El Ayuntamiento de Sevilla partía de la experiencia pionera de haber aprobado, el 9 de junio de 2004, mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local, un Pliego de Cláusulas Administrativas Generales contra la Siniestralidad Laboral,

informado favorablemente por el Consejo Consultivo de Andalucía con fecha 13 de mayo de 2004, este informe confirmó dos aspectos importantes:

- 1.- Que las cláusulas sociales en la contratación pública materializan obligaciones que la CE impone a las Administraciones Públicas.
- 2.- La potestad de las Entidades Locales para aprobar Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales de contenido social.

En esta segunda ocasión con la denominación de “Pliego de Cláusulas Administrativas Generales de Calidad Social en la Contratación Pública que han de regir la Contratación de Obras, Bienes, Servicios y Suministros”, pretendía aprobar un Pliego General que junto con los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas vendría a conformar el cuerpo normativo de la contratación de esta Entidad. Este Pliego General incluye dos tipos de cláusulas sociales: de adjudicación y de ejecución del contrato.

Con dicho Pliego se pretende incidir entre otros aspectos de la calidad del empleo en los siguientes: facilitar el acceso al empleo de colectivos desfavorecidos, fomentar la formación en el lugar de trabajo, la igualdad de género y no discriminación en las relaciones laborales, etc. Se trata, por tanto, de acometer mediante políticas activas el objetivo de contribuir a crear empleo estable, seguro y con derechos.

Sometido el mismo al Consejo Consultivo de Andalucía, mediante el Dictamen Núm. 453/2006, de 3 de octubre, y tras unas largas consideraciones basadas en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en la Directiva 2004/18, considera este órgano que un elemental principio de prudencia habría de llevar a posponer la aprobación de este Pliego hasta que se aprobara la LCSP, en aquellos momentos en trámite, pero advirtiendo que los criterios de adjudicación presentes en dicho Pliego (cláusula cuarta), en cuanto que configuran parámetros que tienen en cuenta criterios sobre el tipo de empleo o el grado en que los licitadores emplean a una determinada categoría de personas o aplican un programa de promoción de la igualdad de oportunidades, son juzgados por el Derecho Comunitario como ajenos al objeto del contrato o a las condiciones de ejecución del mismo y, por tanto, no ajustados a Derecho.

De este modo, el Ayuntamiento recogió las indicaciones dadas por el Consejo Consultivo, referentes al contenido del Pliego en relación con la Directiva 2004/18, replanteándose su contenido originario en lo relativo a la introducción de criterios sociales como criterios de valoración desconectados del objeto del contrato e introduciéndolos como condiciones especiales de ejecución de los contratos, recortando, por tanto, el proyecto de pliego inicial que el Ayuntamiento pretendía aprobar. *“Este sacrificio, necesario a fin de garantizar la viabilidad del actual proyecto, no significa que demos de lado al camino andado, la demanda social de nuevas formas de hacer políticas sociales traerá consigo, que tarde o temprano, en toda contratación pública se pueda discriminar positivamente o favorecer a quien más aporta a la sociedad en su conjunto, como un criterio de valoración transversal y general”*, estas palabras recogidas en el Preámbulo del Pliego mencionado vienen a sintetizar lo que a lo largo de estas páginas se intenta poner de manifiesto que **otra forma de contratación pública es posible.**

El documento una vez modificado se sometió, nuevamente, a Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, infirmándose favorablemente por ajustarse a los principios rectores de la contratación pública, particularmente a la Directiva 2004/18 que contempla expresamente la viabilidad de introducir cláusulas sociales como condición de ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el Derecho Comunitario y se anuncien en la licitación o en el pliego de condiciones.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Generales de Calidad Social en la Contratación Pública del Ayuntamiento de Sevilla recoge, en su artículo 4, las condiciones de obligado cumplimiento durante la ejecución del contrato, que son las siguientes:

1. **Obligaciones de carácter general.**- Todo adjudicatario se compromete a cumplir durante la ejecución del contrato las siguientes condiciones de legalidad ordinaria:
 - a) Cumplimiento de la normativa en materia laboral.
 - b) Personas con discapacidad.- Todo contratista que cuente con 50 o más trabajadores en plantilla vendrá obligado a que de entre ellos el 2% sean trabajadores con discapacidad.
 - c) Subcontratación.- Deberá comunicarse anticipadamente y por escrito a la Administración no superando el 50%.
 - d) Prevención de riesgos laborales.

2. **Obligaciones de carácter especial.**- Condiciones especiales de calidad social en la ejecución del contrato:
 - a) Inserción laboral de personas que se encuentran en especial dificultad en el acceso al empleo.- La empresa adjudicataria se compromete a incorporar en la obra o servicio adjudicado al menos un 10% de personas provenientes de los colectivos de personas desempleadas que se encuentren en especial dificultad para acceder al empleo.
 - b) Acceso de la mujer al empleo en condiciones de igualdad en sectores de actividad donde su representación es desequilibrada en relación con la representación de hombres.- Deberá haber al menos una nueva contratación de mujer o deberá transformar al menos una contratación temporal de mujer en contratación indefinida. Se entenderá por plantilla desequilibrada cuando la presencia de mujeres sea inferior al 40%.
 - c) Estabilidad del Empleo.- La empresa adjudicataria deberá cumplir y acreditar que al menos el 30% de la plantilla adscrita al servicio objeto del contrato es indefinida.
 - d) Fomento de acciones que facilitan la conciliación de la vida laboral y familiar.- Las empresas adjudicatarias realizarán durante la ejecución del contrato acciones de sensibilización, formación y orientación dentro de la jornada laboral.

Estas condiciones de ejecución figuran como causas de resolución del contrato, en el supuesto de incumplimiento, sancionables hasta el 10% de su presupuesto, independientemente de las responsabilidades de índole administrativa y/o laboral en las que se pudiera incurrir por parte de la empresa.

2.- EL DECRETO 213/98, DE 17 DE DICIEMBRE, DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, POR EL QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA PARA APOYAR LA ESTABILIDAD Y CALIDAD DEL EMPLEO.-

El Decreto 213/98, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, es otro ejemplo más de los obstáculos jurídicos que las cláusulas sociales han venido sufriendo, que merece mención aparte por haber supuesto un logro importantísimo en este campo.

Este Decreto establece diversos criterios objetivos de adjudicación referentes a la estabilidad en el empleo, de modo especial el relativo a las contrataciones indefinidas en la plantilla del licitador, obligando a los órganos de contratación, organismos autónomos y entidades de Derecho Público de la Comunidad de Madrid a incluir, salvo la concurrencia de circunstancias especiales que impidieran su valoración, uno o más criterios contenidos en el artículo 2 del Decreto, atribuyéndoles una ponderación del 20% de la baremación y que conjuntamente con el resto de los criterios objetivos previstos en la anterior LCAP, concretarían cuál es la oferta económicamente más ventajosa para el poder adjudicador.

El Consejo de Estado dictaminó conforme a Derecho los criterios del artículo 2, ya que se estimaban objetivos, considerándose que *“una de las posibles manifestaciones de seriedad de una empresa puede ser precisamente la estabilidad y la calidad de las contrataciones que ofrece a sus empleados.”*

Una vez aprobado dicho Decreto por ciertas Asociaciones de empresarios de la construcción se formuló denuncia ante la Comisión Europea. Con fecha 20 de diciembre de 2001 se dictaminó, por la Comisión, que existe incumpliendo del Derecho Comunitario por el hecho de que los poderes adjudicadores incluyan en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso uno o varios de los criterios relativos al empleo; invitándose al Reino de España a que adoptase las medidas oportunas para ajustar el Decreto de la CAM al dictamen de la Comisión.

No obstante, la Comisión hubo de rectificar su dictamen, a posteriori, a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo 225/98, de modo que el criterio reflejado en el Decreto, en virtud del cual operaba el desempate para favorecer la integración social de los minusválidos, podía utilizarse y era válido siempre que la evaluación de las ofertas se efectuara desde una perspectiva económica y se respetasen las normas de transparencia y no discriminación.

La Comisión argumentaba que la normativa de la CAM no era ajustada al Derecho Comunitario, entre otras por las siguientes razones:

- Los criterios de adjudicación del contrato han de referirse exclusivamente a la oferta.
- Los criterios utilizados por la Comunidad de Madrid no conducen a la elección de la oferta económicamente más ventajosa, no siendo admisibles tampoco como criterios de selección del contratista, ya que ni se refieren a su capacidad técnica o financiera, ni pueden dar lugar a la exclusión de la participación del contrato.

- Dichos criterios no tienen cabida en las Directivas y pueden constituir una violación del Tratado en la medida que están vulnerando el principio de igualdad de trato.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencias de 30 de mayo, 20 de junio, y 6 de octubre de 2003, considera que los dictámenes de la Comisión son actos no vinculantes y no constituyen fuente de Derecho, mostrándose contrario a las conclusiones del mencionado dictamen, declarando que el Decreto objeto del recurso es conforme a Derecho.

Dado que no se atendieron los requerimientos de la Comisión, en diciembre de 2005, ésta interpuso recurso contra España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por las cláusulas sociales de estabilidad en el empleo que figuran recogidas en el mencionado Decreto de CAM, al estar incluidas como cláusulas de baremo, recordando que el Tribunal de Justicia aclaró estas posibilidades en la sentencia de 17 de diciembre de 2002 (CONCORDIA BUS FINLAND).

Pero lo cierto es que la CAM ha conseguido que el Comité de las Regiones incluya criterios sociales que fomenten la creación de empleo estable y la integración de grupos discriminados en la Directiva sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros, servicios y obras.

V.- ANÁLISIS PRÁCTICO DE LA APLICACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.-

Se pretende, dado lo limitado del trabajo, efectuar una propuesta genérica de las posibilidades de aplicar cláusulas sociales, y diferentes modos de llevar a cabo su inclusión, en la licitación de los contratos administrativos. Las fórmulas son diversas e incluso complementarias y tienen validez para cualquier tipo de procedimiento (abierto, negociado y restringido) al que pueden concurrir toda clase de empresas.

1.- DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO.-

Como se ha señalado anteriormente una de las claves para introducir cláusulas sociales en la contratación pública está, a tenor de lo establecido en la Directiva 2004/18 y cuyos principios se recogen el artículo 134 de la LCSP, en la propia definición del objeto del contrato, ya que en el supuesto de introducir cláusulas sociales como criterios de valoración deben necesariamente estar vinculadas al mismo.

Es en el primer momento de un procedimiento de contratación donde se ha de determinar de forma correcta el objeto del contrato, de modo que las cláusulas sociales queden vinculadas al mismo. Para introducir criterios sociales, medioambientales o éticos lo más directo y transparente es mencionar expresamente los criterios al comienzo de la licitación, es decir, en la propia definición del contrato.

El artículo 22 de la LCSP relativo a la necesidad e idoneidad del contrato establece que solo podrán celebrarse los contratos que sean necesarios para el cumplimiento y la realización de los fines institucionales del poder adjudicador *"... A tales efectos, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse con el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para*

satisfacerlas deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria.”

En el propio título del contrato debemos mencionar el criterio social a incorporar. Pongamos por ejemplo algunas formas de definir el objeto del contrato:

- “Contratación del servicio de limpieza de los edificios municipales con métodos, prácticas y productos más respetuosos para el medioambiente y la salud laboral, mediante procedimiento abierto, oferta económicamente más ventajosa con una pluralidad de criterios de adjudicación.”
- “Contratación de suministro de ropa de trabajo para el personal laboral producida bajo condiciones laboralmente dignas”.
- “Contratación adquisición de papel reciclado libre de cloro”.
- “Suministro de máquinas de vending para edificios municipales con productos de comercio justo”.
- “Obras de ampliación de acerados en la Barriada X para el fomento de acceso al mercado laboral de colectivos en situación de exclusión social”.

Mediante la introducción de la dimensión social/ambiental/ética en el objeto del contrato se les comunica a los licitadores que el servicio/obra/suministro que se pretende contratar es más respetuoso con el medioambiente y las personas. En el tema de la inserción laboral poco importará que ésta sea accesorio o el objeto principal del contrato, considerando que tiene plena viabilidad jurídica su inclusión siempre que así se determine de modo expreso y se justifique debidamente en el expediente de contratación. Es en el pliego de prescripciones técnicas donde se han de concretar las especificaciones técnicas de los aspectos medioambientales o éticos a tener en cuenta.

2.- INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES COMO CRITERIOS DE VALORACIÓN O PUNTUACIÓN.-

La actual regulación de los criterios de valoración de las ofertas, contenida en el artículo 134 de la LCSP, menciona la utilización de cláusulas sociales, aunque con una redacción bastante desafortunada. Para que su incorporación sea válida han de cumplir los requisitos que se han apuntado anteriormente (estar relacionados con el objeto del contrato, mencionarse en el anuncio y en el pliego, etc...).

Reviste especial interés la admisibilidad de variantes en las ofertas que presenten los licitadores, ya que si nos atenemos al criterio de contratación de personas con problemas de empleabilidad no todas las licitaciones son susceptibles de que se incluya este criterio, por el contrario, puede introducirse como propuesta de mejora.

A los efectos prácticos podemos usar las dos posibilidades apuntadas:

1. **Como criterio específico de valoración.-** Se puede puntuar con 40 puntos sobre un total de 100 la oferta económicamente más ventajosa, o sea el precio más bajo, pudiéndose puntuar, de igual modo, sobre los 100 posibles, con 25 puntos las medidas que la empresa ofertante

establezca en relación con la contratación de colectivos con problemas de inserción laboral.

2. **Como mejora voluntaria.**- Se deja abierta la posibilidad de que la empresa participante pueda ofrecer algunas mejoras sobre los requisitos mínimos que exige el pliego de condiciones técnicas, pudiendo estar éstas relacionadas con temas sociales, de tipo medioambiental o ético. Pongamos por caso: "el suministro de catering para una guardería", en el pliego de cláusulas administrativas particulares se puede establecer como uno de los criterios de adjudicación: Mejoras con productos de comercio justo.

Esta sería una forma menos directa de introducir las cláusulas sociales, ya que el poder adjudicador no se asegura de antemano que todas las empresas que participen y presenten ofertas vayan a incluir mejoras en esta línea.

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares que se elaboren para la adjudicación de un contrato se pueden incorporar las cláusulas sociales como criterios de valoración (en el caso de que se contemplen más de un criterio de adjudicación, ya que si solo se contempla uno éste ha de ser necesariamente el precio), entre los que se pueden mencionar: que la gestión se realice de forma más beneficiosa para el entorno y con menor impacto, acceso al mercado laboral o criterios de comercio justo.

Se incluirán entre los criterios a tener en cuenta para la adjudicación los aspectos sociales de la oferta que sean superiores al mínimo que hayamos fijado en el pliego de prescripciones técnicas o en el proyecto aprobado y que estén directamente relacionados con el objeto del contrato. Los aspectos sociales serán valorados con la ponderación que en cada caso señale el pliego. Estos han de ser objetivos, específicos y cuantificables objetivamente, de modo que las empresas licitadoras tengan los datos suficientes para valorar e interpretar de la misma manera la información suministrada y que el poder adjudicador pueda hacer una comparación efectiva de las distintas ofertas.

Como se ha señalado anteriormente hay que atenerse a criterios que sean objetivos, pero ciertamente objetivos, así no parecen procedentes las exigencias de tipo local, como la contratación de personas inscritas en una determinada lista social o la contratación de parados de un municipio concreto, ya que la introducción de este tipo de condiciones en el baremo de la valoración puede resultar recurrible sino se justifica adecuadamente en el expediente, y la práctica nos demuestra que el resultado lógico será que la empresa adjudicataria contrate parados de la localidad, es decir, podemos llegar al mismo destino efectuando referencias genéricas y obviando los localismos.

3.- INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES COMO CRITERIOS DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.-

La posibilidad de introducir cláusulas sociales como criterios de ejecución de los contratos admite dos posibilidades:

- 1.- Como obligación de ejecutar un Proyecto de Inserción Socio-Laboral.
- 2.- Como condición de ejecución propiamente dicha.

En ambos casos estamos refiriéndonos, no a criterios de valoración, sino a obligaciones del contratista, por tanto, una vez seleccionada la empresa adjudicataria dentro de las prestaciones de la obra o servicio se han de poner en marcha medidas que están relacionadas con la inserción sociolaboral, medioambiental o ética.

3.1.- Obligación de ejecutar un Proyecto de Inserción Socio-Laboral.-

En primer término, hay que especificar en el título del contrato la componente social, de modo que las empresas que concurren a formulen sus propuestas de acuerdo con este criterio.

Con ello se obliga a la empresa adjudicataria a realizar además del objeto principal del contrato un Proyecto de Inserción Laboral con personas en situación de riesgo de exclusión social. Se puede utilizar en cualquier tipo de procedimiento, ya que la obligación es inherente al adjudicatario y se impone en la fase de ejecución del contrato. Esta obligación de llevar a cabo un Proyecto de Inserción es una parte integrante del contrato, no un sistema de valoración ni de selección.

Ejemplos de cláusulas sociales afectas a Proyectos de Inserción Socio-laboral:

OBJETO	TIPO DE CLÁUSULA	REDACCIÓN
Puesta en marcha de un Proyecto de Inserción Socio-Laboral entorno a la Rehabilitación de Antiguas Viviendas de Maestros	Cláusula de Ejecución: Presentación de un Proyecto de Inserción Socio-Laboral	El Proyecto que se presente deberá contemplar un Plan de Actuación de acuerdo con los siguientes objetivos: a.- Desarrollar una estrategia de integración social mediante políticas activas de empleo que sustituyan las políticas asistenciales. b.- Asumir la integración social y la autonomía de las personas mediante la inserción laboral. c.-Acompañamiento al empleo, compatibilizando formación y trabajo
Selección del Proyecto de Inserción Laboral incorporado a la contratación de obras en el Barrio X dirigido a colectivos en situación de desventaja en el mercado laboral	Criterio de obligación de diseñar y ejecutar un proyecto de inserción laboral	Los licitadores deberán presentar una propuesta para la ejecución de un proyecto de inserción socio-laboral para colectivos desfavorecidos.

3.2.- Inclusión de cláusulas sociales como condición de ejecución.-

La inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de cláusulas sociales como una condición de ejecución de los contratos públicos ya adjudicados no presenta problemas jurídicos siempre que estas condiciones no sean discriminatorias directa o indirectamente con los licitadores de otros Estados miembros, se mencionen en el anuncio de licitación y en pliego de condiciones. En esta fase los poderes adjudicadores cuentan con un amplio margen de maniobra al no tener que estar las cláusulas vinculadas al objeto del contrato. Tienen carácter contractual y su cumplimiento da lugar a la imposición de las penalidades que imponga el pliego.

Ejemplos de cláusulas sociales como condición de ejecución:

OBJETO	TIPO DE CLÁUSULA	REDACCIÓN
Servicio de Limpieza y Mantenimiento de Zonas Verdes.	Criterio de obligación para contratar desempleados de larga duración y promover la igualdad de oportunidades.	El adjudicatario está obligado a contratar 5 personas desempleadas mayores de 45 años vecinas del municipio X inscritas en la oficina de empleo y a aplicar medidas que promuevan la igualdad entre hombres y mujeres.
Mejora de las condiciones socio-laborales en la Barriada X mediante obras de reparación de viales en dicha barriada.	Obligación de contratar a personas con dificultades de acceso al empleo.	<u>Obligaciones del adjudicatario:</u> el contratista conoce y acepta el compromiso de mantener durante todo el plazo de ejecución del contrato y desarrollando su trabajo en las obras objeto del contrato a 3 personas como mínimo, desempleadas y provenientes del barrio objeto de las obras.

VI.- LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN, CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO O ENTIDADES NO LUCRATIVAS.-

El mercado tutelado consiste en la reserva de una parte del mercado público a determinados colectivos que por sus circunstancias especiales no tienen facilidad para acceder al mismo. Para ello, la Administración tiene que ceder una parte del mismo a las entidades de prestaciones de servicios, que tengan por objeto la integración de personas en situación o riesgo de exclusión social, como pueden ser:

- Empresas de Inserción Social.
- Centros Especiales de Empleo.
- Entidades no lucrativas de carácter social.

Primar a estas entidades no supone vulnerar la libre competencia, sino que la discriminación positiva encuentra su sentido cuando ciertos colectivos precisan de una atención especial. El Tribunal Constitucional en la Sentencia de 16 de julio de 1997 argumenta que *“La actuación de los poderes públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos*

profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aún cuando se establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas. Desde esta perspectiva, las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadores que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él no podrán considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes.”

Las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico para primar Empresas de Inserción son variadas:

- Pueden participar en cualquier procedimiento abierto de adjudicación de los contratos, como cualquier otra empresa ordinaria, siempre que reúnan los requisitos de capacidad y solvencia financiera y legal exigidos. En el supuesto de que en un procedimiento abierto se hayan establecido cláusulas sociales de baremo, podrán hacer valer su experiencia y especialización en esta materia.
- En los procedimientos negociados o restringidos pueden ser invitadas a que presenten ofertas al igual que otra empresa “convencional”, pudiendo establecerse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o de condiciones técnicas cláusulas de tipo social.
- Las Administraciones Públicas podrán adjudicar directamente las contrataciones a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo las reglas establecidas en el artículo 95 de la LCSP, y siempre que no se superen determinadas cuantías, 50.000 € para obras, 18.000 € para servicios y suministros. Así, los contratos menores se pueden adjudicar directamente a empresas de inserción, a una empresa sin ánimo de lucro o una empresa ordinaria que se comprometa a contratar a determinados colectivos en situación de riesgo y/o exclusión social, sin ningún requisito de publicidad o concurrencia.
- Por lo que respecta al procedimiento negociado sin publicidad, se utiliza en los supuestos contemplados en el art. 154 de la LCSP, con carácter general, además en los casos previstos en los artículos 155, 156, 157 y 158, según se trate de contratos de obras, gestión de servicios públicos, suministros, o servicios. En el procedimiento negociado la adjudicación del contrato recae en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. Este procedimiento requiere la aprobación de un pliego de cláusulas administrativas particulares, en el que se establecen los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación con las empresas. El contenido del pliego no limita el contrato posterior, sino que fija inicialmente las condiciones básicas que posteriormente, y tras la negociación pertinente, mediante resolución o acuerdo motivado del órgano competente se validan. Es decir, las condiciones iniciales fijadas en el pliego puedan modificarse, negociarse y alterarse; estamos, por tanto, ante un procedimiento que legalmente permite seleccionar y negociar únicamente con empresas de inserción o bien exigir a la empresa seleccionada que para su ejecución contrate

determinado un número de personas en desempleo, exclusión social, etc. Legalmente la Administración debe cumplir para salvaguardar el procedimiento con la invitación al menos a tres empresas, fijar en el pliego las condiciones mínimas objeto de negociación, publicando la licitación en los casos previstos en el artículo 161 y validando, en última instancia, todo el procedimiento.

- En el procedimiento restringido la Administración ha de aprobar, en primer término, el pliego de condiciones administrativas particulares en el que se establecen los criterios objetivos con arreglo a los cuales el órgano de contratación cursará las invitaciones a participar en el procedimiento. No existe ningún inconveniente en utilizar el procedimiento restringido limitado a empresas no lucrativas, de inserción o aquellas que conformen sus plantillas con personas desfavorecidas. La salvaguarda de la legalidad quedará acreditada por la justificación en el expediente, la introducción en el pliego de cláusulas sociales relativas a la contratación de personas en situación de riesgo social, contemplando dichas características con requisito de solvencia técnica o como experiencia a acreditar.

Como experiencia práctica podemos citar la desarrollada por el Ayuntamiento de Burlada. En noviembre de 2001 aprobó el Pliego de CAP para la adjudicación mediante concurso de Servicio de Ayuda a Domicilio aplicando como criterios de adjudicación:

- Hasta el 18% de puntos por tratarse de empresas de economía social.
- 25% de puntuación aquellas empresas que integren un mínimo del 30% de personal de colectivos desfavorecidos.

Por último, mencionar que el Ayuntamiento de San Boi de Llobregat, por su parte, ha puesto en marcha un procedimiento restringido dirigido, exclusivamente, a empresas de inserción y entidades de economía social, cuyo objeto es la obligación de ejecutar un Proyecto de Inserción Sociolaboral incorporado a la realización de obras de rehabilitación.