

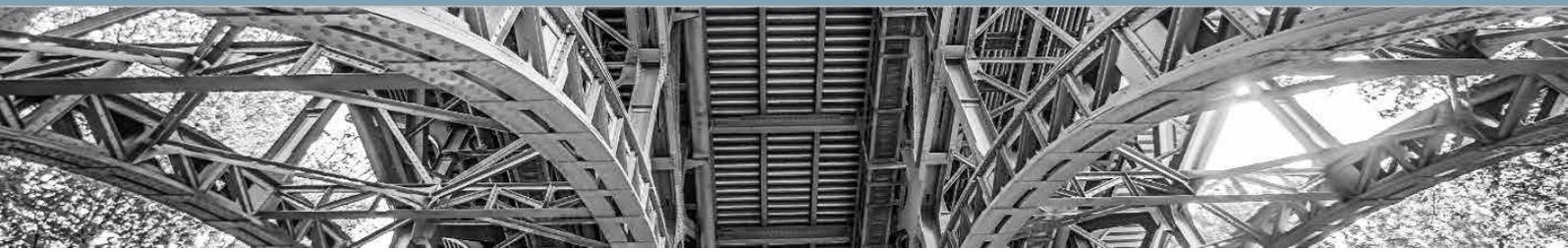
G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo

Boletín

Contratos del sector público

N.º 177



Compra pública estratégica

Partiendo de la importancia económica de la compra pública y de su configuración como instrumento idóneo para la implementación de políticas con trascendencia social, las Directivas Europeas de 2014¹ y la legislación española que las traspone, han dado carta de naturaleza a la Compra Pública Estratégica. La puesta en práctica de este instrumento enfrenta la dificultad de incorporar cláusulas sociales como criterios de adjudicación. Una muy reciente resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos resume las reglas aplicables al respecto.

Como es sabido, la promoción de la compra pública estratégica² ha sido uno de los grandes objetivos de la Unión Europea durante las últimas décadas³, debido a la importancia de la contratación como un instrumento para lograr un crecimiento inteligente, sostenible

e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos.

La contratación pública estratégica describe la idea de que la contratación pública puede constituir una herramienta jurídica apropiada para el cumplimiento efectivo de las políticas de los

¹ Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública; Directiva 2014/25/UE, 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 Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

² La Directiva 2014/24 en el artículo 67 – y en su Considerando 94 –, establece mecanismos normativos precisos, para que la contratación pública sea un mecanismo idóneo no sólo para adquirir obras, bienes o servicios sino también para promover los objetivos de las diferentes políticas de la Unión, entre otras, las políticas sociales y medioambientales.

³ Entre otros, la Comunicación de la Comisión, “Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, de 3 de marzo de 2010, el “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 2011; y la Comunicación de la Comisión de 2010 denominada “Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.

poderes públicos mediante la satisfacción de ciertos objetivos complementarios de la contratación, como es el apoyo a las políticas ambientales, sociales y de innovación.

El legislador español se ha hecho eco lógico de este planteamiento señalando en el apartado tercero del artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público⁴, que 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. El mismo precepto prevé la promoción del acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Sin embargo, los instrumentos a cuyo través debe articularse este planteamiento (entre otros, la estrategia de contratación pública por un lado y la determinación de la manera adecuada de integrar cláusulas sociales y medioambientales en los contratos), siguen sin producir los frutos esperados.

Así se infiere de los informes de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de Contratación (OIReScon), entre otros, en el “informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en 2022”⁵, en el que se pone de manifiesto que los criterios medioambientales, sociales, de innovación y de otro orden (que pueden introducirse en distintos momentos a lo largo de procedimiento de contratación: como condición de admisión, como criterio de adjudicación y/o como cláusula especial de ejecución) no se incluyen en la gran mayoría de los contratos públicos⁶.

Al respecto, la OIReScon pone de relieve la importancia de formar a los órganos de contratación al respecto, de manera que puedan discernir e identificar los criterios más adecuados al objeto de contrato de que se trate.

Este es, sin duda, el mayor escollo que enfrenta la compra pública estratégica en la actualidad. Sin perjuicio de que la Estrategia Nacional de Compra Pública 2023-2026⁷, dirigida a todo el sector público, contemple entre sus objetivos, el de utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación (objetivo F); y el de promover la participación de las PYME, en el mercado de

⁴ Este nuevo enfoque se manifiesta a lo largo del articulado, como ocurre en las referencias a los criterios sociales, en la preparación del contrato (artículos 28. 2 y 99.1), en la adjudicación (artículo 145) y respecto a la ejecución, para la cual la Ley impone la obligación de incorporar alguna cláusula relacionada con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social (art.202). También en la disposición adicional 48ª relativa a la reserva de contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud a determinadas organizaciones.

⁵ Ver en el [enlace](#).

⁶ Señala el informe de la OIReScon, como conclusión de su análisis al respecto, que:

- NO se incluyen como condiciones de admisión en un porcentaje superior al 90% de los contratos analizados.
- NO se incluyen como criterios de adjudicación en un porcentaje superior al 65% de los contratos analizados.
- Cuando se incluyen como cláusulas especiales de ejecución - artículo 202 de la LCSP - se detecta un importante grado de incumplimiento, superior al 75%.

⁷ Ver en el [enlace](#).

la contratación pública (objetivo G); lo cierto es que la correcta vinculación de las cláusulas sociales y medioambientales al objeto del contrato se configura como uno de los grandes óbices para su consecución.

Resulta de interés, por tanto, traer aquí a colación la doctrina sentada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 793/2024, que resume su parecer en resoluciones anteriores acerca de los requisitos que ha de reunir la inclusión de criterios de adjudicación sociales.

El punto de partida se sitúa en los apartados quinto y sexto del artículo 145 de la LCSP, que dispone que, para la incorporación como criterio de adjudicación de uno o varios criterios sociales, estos deben establecerse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, reuniendo en todo caso los siguientes requisitos:

- a) Estar vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente.
- b) Ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.
- c) Garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e ir acompañados de especi-

ficaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación.

El apartado 6 del artículo 145 dispone que se considerará que un criterio de adjudicación está 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, incluidos los factores que intervienen en los procesos que el precepto contempla⁸.

La Resolución 793/2024 del TACRC aclara numerosos extremos acerca de la interpretación y aplicación de los requisitos referidos, en los siguientes términos:

1. Para que sea posible incluir criterios sociales relacionados con la intervención de personas en la prestación, es preciso que las condiciones en las que el personal empleado va a desarrollar su trabajo y que se van a valorar mediante criterios de adjudicación, integrando la oferta sean determinantes de la calidad en la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto⁹.
2. Deben cumplir además con el resto de requisitos exigidos con carácter general: estar vinculados al objeto del contrato, estar formulados de manera objetiva y con respeto a los principios que inspiran la contratación pública, respetar el Derecho europeo y en especial el

⁸ a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

⁹ No pueden constituir criterios de adjudicación aquellos que no permiten evaluar comparativamente las ofertas en términos de su rendimiento sobre el objeto del contrato, en cuanto no afectan a la calidad de su ejecución ni permiten al órgano de contratación determinar si es la oferta “económicamente más ventajosa”.

principio de no discriminación, y deben publicarse previamente y motivarse.

3. Para la correcta vinculación del criterio social de adjudicación con el objeto del contrato, es preciso que el concreto criterio permita valorar las cualidades de la prestación que se licita, así como evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato. Es precisa una relación con la calidad de la prestación ofertada, un mejor rendimiento de ésta, debiendo repercutir en el resultado de la concreta prestación solicitada permitiendo una evaluación comparativa de las ofertas.
4. La formulación objetiva legalmente prevista exige que los criterios de adjudicación deban definirse correctamente e incluir cómo se han de aplicar. No es indispensable la puntuación por baremos, pero sí determinar qué se va a valorar (vid, entre otras, la Resolución n.º 1065/2020). La exigencia de transparencia implica que la definición de los criterios

de adjudicación debe ser clara e inequívoca, para garantizar, que los licitadores medianamente diligentes puedan comprender su alcance exacto y ofertar en consecuencia.

5. La determinación de los criterios de adjudicación es potestad discrecional del órgano de contratación y debe motivarse conforme exige el artículo 35.1.i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, y más concretamente, el artículo 116.4.c) de la LCSP¹⁰. El órgano de contratación cuenta con una amplia discrecionalidad a la hora de determinar los criterios con los que va a seleccionar la oferta que mejor responda a sus necesidades, pero el ejercicio de esa potestad discrecional ha de ser motivada, explicando las razones para elegir cada criterio de adjudicación. Por ello, la exigencia de una justificación debida del criterio de adjudicación elegido, es requisito previo necesario y su omisión constituye un vicio de anulabilidad.

¹⁰ El artículo 116.4 LCSP dispone que en el expediente de contratación se justificará adecuadamente los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato y el artículo 145.5 exige que la formulación de los criterios de adjudicación se realice de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y sin que puedan conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol, Miguel Ángel García Otero y Josep Ortiz Ballester.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204).

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.