

INFORME JURIDICO SOBRE EL BORRADOR DE DECRETO POR EL QUE SE DESARROLLA EL SISTEMA DE CONCERTACIÓN DE SERVICIOS SOCIALES

PROPUESTAS SOBRE DE MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA DIRIGIDAS A LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO

I. INTRODUCCIÓN

OBJETO Y FUNDAMENTO

La Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales, ordena un sistema vasco de servicios sociales de carácter universal, cuyos artículos 61 a 68 establecen el régimen de concierto entre las administraciones públicas vascas y la iniciativa privada; asimismo su Disposición Adicional Octava señala que el Gobierno Vasco elaborará y aprobará, un decreto que regule el régimen de concierto de dicho sistema.

El artículo 7 i) de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, establece como principio básico la *“Promoción de la iniciativa social. Los poderes públicos promoverán la participación de la iniciativa social sin ánimo de lucro en el ámbito de los servicios sociales, y en particular en el Sistema Vasco de Servicios Sociales”*.

Igualmente, el artículo 65 de la Ley 12/2008, -con el título de Medidas de discriminación positiva- contempla en su apartado primero: *“A los efectos de establecimiento de conciertos, las administraciones públicas darán prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, a las entidades dedicadas a la prestación de servicios sociales que tengan carácter no lucrativo.”*

Así, el legislador, en la normativa de referencia ha establecido una acción positiva en favor de las entidades sin ánimo de lucro, espíritu que el borrador de Decreto desea mantener y materializar mediante desarrollo reglamentario. No obstante, se plantean dos principales dificultades, en concreto:

1. La Ley 12/2008, de 5 de diciembre, establece un sistema de concierto diferente al regulado por la normativa de contratos de las Administraciones públicas, cuestión ya advertida en el Dictamen nº 97/2008 de la Comisión Jurídica Asesora sobre el anteproyecto de Ley de Servicios Sociales.

✓ La primera cuestión a solventar es la definición de la naturaleza jurídica del concierto y su estricta sujeción -o no- la normativa comunitaria y nacional de contratos públicos. Es decir, la compatibilidad del régimen de concierto con la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

2. Una vez dilucidado el marco normativo, el Decreto que desarrolle el sistema de concertación, deberá en todo caso mantener los principios básicos de la Ley 12/2008 de Servicios Sociales: artículo 7 (promoción de la iniciativa social sin ánimo de lucro), y artículo 65 (discriminación positiva en favor de las entidades no lucrativas).

✓ En segundo lugar, se analizará cómo establecer la prioridad de las entidades sin ánimo de lucro en la concertación pública, proponiendo a través de articulados concretos los sistemas que faciliten su preferencia, ello sin menoscabo de la normativa vigente ni los principios de igualdad y libre competencia.

En consecuencia, el presente informe se propone resolver dichas dudas, así como exponer y argumentar jurídicamente diferentes propuestas susceptibles de ser incorporadas al citado Decreto.

PLANTEAMIENTO GENERAL

1. **La naturaleza jurídica del concierto no ofrece dudas respecto a su encuadramiento como una modalidad de gestión indirecta de servicios públicos y sujeta a la normativa de contratos públicos.** En este sentido, el presente informe no cuestiona la línea mantenida en los dictámenes emitidos por los letrados Mikel Casas Robredo y Lourdes López Ovejero.

Su regulación posee además carácter de legislación básica, por lo que en ningún caso sería posible establecer a través de normativa autonómica una modalidad de concierto de naturaleza diferente.

Por lo tanto, las propuestas que más adelante se desarrollan, se realizan desde el encaje en el marco legal establecido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; y en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

2. En realidad la normativa de contratos no es un problema, sino la solución: *“la Ley de Contratos del Sector Público incluye sustanciales innovaciones... Sintéticamente expuestas, las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental...”*.

El entrecomillado anterior no es de redacción propia, sino extraído de la Exposición de Motivos de la LCSP, que no solo refiere en su Exposición de Motivos la posibilidad de incluir cuestiones sociales en la licitación de contratos públicos, sino que en su articulado concreta diferentes posibilidades: condiciones de ejecución (art. 102), criterios de adjudicación (art. 134), reserva de contratos para entidades sociales (D.A. 7ª), o la preferencia para entidades no lucrativas (D.A. 6ª).

Considerando que un contrato de obra pública o un suministro de equipos informáticos pueden perfecta y lícitamente incorporar criterios sociales, más si cabe será factible en aquellos referidos exclusivamente a la prestación de servicios sociales, es decir, que nos hallamos ante contratos (conciertos) públicos que son sociales por su naturaleza, objeto y contenido.

3. Pero una vez fijada la aplicación de la LCSP y la posibilidad de incorporar criterios sociales, restaría por demostrar que sea posible establecer acciones positivas en favor de entidades sin ánimo de lucro sin vulnerar los principios de libre competencia, igualdad y no discriminación. Al respecto, baste citar que así lo establecen de hecho las Disposiciones Adicionales Sexta y Séptima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, o diferentes legislaciones autonómicas -entre ellas la vasca-. Por lo tanto y por supuesto, será posible establecer dicha prioridad para entidades no lucrativas.

Además de las referencias a la normativa de contratos públicos, nos detendremos en diferente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, que reiterada y unánimemente han establecido el principio de acción positiva: *“a supuestos iguales les corresponden consecuencias jurídicas también iguales, pero no toda desigualdad de trato legislativo respecto de la regulación de una determinada materia supone la infracción del principio de igualdad, sino tan solo las que no posean una cualificación objetiva y razonable para ello, lo que prohíbe el principio de igualdad, son desigualdades que puedan calificarse de artificiosas, arbitrarias o injustificables”*.

Es decir: no resulta discriminatorio que las cooperativas cuenten con más subvenciones para su constitución que las sociedades limitadas, o que las grandes empresas deban aplicar un tipo impositivo superior a las Pymes en el Impuesto de Sociedades. Del mismo modo no resultará

discriminatorio priorizar el acceso a los conciertos a las entidades sociales, puesto que no solo existe normativa específica que lo ampara, sino que además existen diferencias objetivas que implican para las Administraciones Públicas unas mejores propuestas desde el punto de vista económico y técnico que deben tener en cuenta a la hora de buscar las mejores ofertas.

De esta forma, aludiremos a numerosa legislación y jurisprudencia para demostrar que las entidades no lucrativas poseen diferencias en cuanto a sus fines, tipología, características y organización, lo que ha supuesto un tratamiento jurídico diferente, justificado y proporcionado.

4. Como metodología transversal, se propone un sistema basado en el proceso de licitación de los contratos públicos, evitando el uso de términos jurídicos indeterminados sin consecuencias efectivas o que queden al albur de quien redacte o evalúe las convocatorias de conciertos.

Lo antedicho se refiere a conceptos tales como prioridad o preferencia, siendo reemplazados por ítems concretos -objetivables y verificables- incardinados en el tracto sucesivo del proceso de concertación (es decir, de la contratación pública): solvencia técnica; criterios de adjudicación; reserva de conciertos; y condiciones de ejecución.

RESUMEN DE PROPUESTAS

Por lo tanto, como sistemas que faciliten y prioricen el establecimiento de conciertos con entidades sin ánimo de lucro, se plantean las siguientes propuestas:

<p>CRITERIO DE ACCESO:</p> <p>SOLVENCIA TÉCNICA SOCIAL</p>	<p>Considerando que el objeto del concierto es la prestación de los servicios sociales de responsabilidad pública y puesto que su ejecución requiere aptitudes específicas en materia social, cuando las administraciones públicas vascas consideren aplicable el principio de solidaridad, podrán exigir en las convocatorias de conciertos que no requieran clasificación de contratista como requisito de solvencia técnica la ausencia de ánimo de lucro de las entidades que participen en la convocatoria del concierto.</p> <p>Del mismo modo, cuando la naturaleza y contenido de la prestación a concertar requiera una determinada solvencia técnica de carácter social, los expedientes de conciertos exigirán la concreta experiencia, conocimientos y medios técnicos en dicha materia, conforme a lo establecido en los artículos 63 a 71 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por ejemplo en materia de inserción sociolaboral, atención a la infancia, igualdad entre mujeres y hombres, discapacidad, o cualquiera otra de carácter similar.</p>
<p>CRITERIO DE ACCESO:</p> <p>RESERVA DE CONCIERTOS</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Conforme a la Disposición Adicional Séptima de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, las Administraciones Públicas Vascas reservarán la participación de al menos un 30* por 100 sobre el total del importe presupuestario destinado a la concertación para las entidades sin ánimo de lucro. 2. La reserva de conciertos podrá realizarse mediante una convocatoria específica para entidades sin ánimo de lucro, o bien en el marco de una misma convocatoria abierta para entidades lucrativas y no lucrativas, podrá reservarse un porcentaje del total presupuestario para las entidades sin ánimo de lucro. 3. Podrán ser beneficiarias de la reserva los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción sin ningún límite cuantitativo, así como las entidades sin ánimo de lucro para aquellos importes por debajo de los umbrales de aplicación comunitaria por no estar sujetos a regulación armonizada. 4. Las convocatorias de conciertos objeto de reserva deberán hacer mención expresa a su carácter reservado.

<p>CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN</p>	<p>1. Conforme al artículo 134 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, en la redacción de las convocatorias de conciertos se incluirán preceptivamente criterios sociales de valoración de las ofertas, que tendrán una ponderación mínima del 15% y máxima del 35% sobre el total del baremo.</p> <p>2. Para ello se valorarán las propuestas técnicas de las entidades concurrentes, que relacionadas con el objeto del concierto supongan para la administración pública concertante una oferta más ventajosa. A tal efecto, se podrán incluir en la convocatoria alguna o algunas de las siguientes cláusulas u otras semejantes:</p> <p>☞ ① Compromiso de destinar los resultados económicos a la mejora continua de los servicios, centros o actividades objeto del concierto: descripción de actuaciones que la entidad se compromete a desarrollar con fondos propios en el marco de la ejecución del concierto y compromiso de carecer de ánimo de lucro.</p> <p>∂ ① Agregar valor a la acción concertada a través de metodologías de cooperación y de participación con el órgano concertante, con profesionales, usuarios/as, entidades, redes de trabajo, voluntarios/as, redes informales de apoyo, o con otros sistemas (socio sanitario, sociolaboral, sociohabitacional, socioeducativo, sociojudicial, sociocultural) en el diseño, mejora, ejecución y/o evaluación de la actividad, como mediante su interacción con actuaciones incluidas en el Catálogo de Prestaciones y Servicios.</p> <p>Ⓜ ① Compromiso de aportar mejoras para el servicio o centro a concertar de los ratios de personal establecidos en la Cartera de Prestaciones y Servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales. Así como el compromiso de aplicar mejoras concretas y detalladas sobre condiciones laborales del personal que prestará la actividad, siempre que superen lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores/as o en el Convenio Colectivo del sector de legal aplicación.</p> <p>⚭ ① Compromiso de transferencia de la actividad concertada: acciones detalladas de formación, información y sensibilización, tales como publicaciones, conferencias, estudios o comunicaciones, que la entidad se compromete a realizar durante la ejecución de la prestación en relación con el contenido y las conclusiones del mismo.</p> <p>Ⓜ ① Promover la integración en el medio comunitario, y adaptación del contenido de la actividad al territorio, la identidad local y sociocultural y las características sociales, en especial de colectivos desfavorecidos.</p> <p>⚡ ① Aplicación al concierto de políticas de igualdad entre mujeres y hombres (contratación, puestos de responsabilidad, conciliación, Plan de Igualdad, formación, atención, evaluación, etc.), que mejoren los mínimos establecidos en la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, aprobada por el Parlamento Vasco; y en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres.</p> <p>℥ ① Compromiso de la empresa adjudicataria de emplear en la plantilla que preste el concierto al menos a un 5% de personas con discapacidad igual o superior al 33%, y/o al menos a un 30% de personas en situación o riesgo de exclusión social (conforme a los perfiles descritos en el Decreto 182/2008, de 11 de noviembre).</p> <p>⚡ ① Compromiso de la entidad concertada de subcontratar al menos un 10% del presupuesto del concierto con Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción, o entidades sin ánimo de lucro, lo que se acreditará mediante contrato mercantil.</p>
<p>CONDICIONES DE EJECUCIÓN</p>	<p>1. Conforme al artículo 102 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, en la redacción de las convocatorias de conciertos se incluirán preceptivamente las siguientes cláusulas referidas a las condiciones especiales de ejecución del contrato, lo que deberá advertirse en el anuncio de licitación.</p> <p>a) Las entidades que cuenten con más de 50 trabajadores/as en el total de su plantilla deberán acreditar que está compuesta al menos por un 2% de personas con discapacidad igual o superior al 33%.</p>

b) Las entidades concertadas deberán acreditar el cumplimiento de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, aprobada por el Parlamento Vasco; y en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres, especialmente en lo referido a medidas de conciliación entre vida personal, laboral y familiar, así como en lo establecido para el diseño y aplicación del Plan de Igualdad.

2. Asimismo, atendiendo al contenido de la actividad concertada, la Administración Pública concertante podrá incorporar alguna o algunas de las siguientes obligaciones para las entidades concertadas.

a) La entidad concertada deberá subcontratar al menos un 10% (variable) del presupuesto del concierto con Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción, o entidades sin ánimo de lucro, lo que se acreditará mediante contrato mercantil.

b) La entidad concertada deberá emplear en la plantilla que ejecute el contrato al menos a un 30% (variable) de personas con dificultades de acceso al mercado laboral.

c) La entidad concertada deberá emplear en la plantilla que ejecute el contrato al menos a un 5% (variable) de personas con discapacidad igual o superior al 33%.

d) La entidad concertada deberá ejecutar la prestación con un porcentaje de plantilla indefinida de al menos el 60% (variable).

3. Las entidades participantes en la convocatoria, deberán acompañar sus propuestas de una declaración responsable y jurada en la que conste el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución.

4. El órgano de contratación considerará estas obligaciones para la empresa adjudicataria de carácter esencial conforme al artículo 102.2 de la Ley 30/2007 a los efectos del artículo 206.g), y establecerá para su incumplimiento los efectos previstos en el artículo 196.1. de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

II. CUESTIONES GENERALES. CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE. ACCIÓN POSITIVA. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LIBRE CONCURRENCIA.

Se ha considerado oportuno incorporar al presente informe un capítulo previo, pues se trata de un soporte necesario gracias al cual se comprenden y fundamentan buena parte de las propuestas consiguientes. No se trata de una mera introducción sino una parte imprescindible de la argumentación jurídica.

El desarrollo reglamentario de la preferencia en el acceso a los conciertos de las entidades no lucrativas, se plantea desde el pleno respeto a la legislación nacional y comunitaria de contratos públicos, normativa que proporciona un marco conforme y suficiente a dichas propuestas.

No obstante, la contratación pública socialmente responsable es todavía poco conocida en nuestro país -no así desde luego en la Unión Europea- y se encuentra aún en una fase inicial de desarrollo. Del mismo modo la acción positiva suscita todavía ciertos recelos jurídicos.

Sin embargo, la contratación pública con criterios sociales y la acción positiva en favor de una igualdad efectiva no constituyen meras declaraciones de intenciones, sino que forman parte del cuerpo jurídico positivo y de los propios principios establecidos en la Constitución y en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea, lo que además ha sido refrendado por la jurisprudencia.

Por último, se fundamentará que la opción preferente en la concertación con entidades sin ánimo de lucro no resulta vulneradora de los principios de igualdad, libre concurrencia y no discriminación.

Resumen de las conclusiones que a continuación se exponen:

1. La incorporación de criterios sociales en la contratación pública es absolutamente conforme a la legislación; el debate acerca de su compatibilidad se halla por completo superado.
2. La acción positiva en favor de grupos especialmente vulnerables no constituye solo una opción sino un deber en la actuación de los poderes públicos; así lo han sancionado con unanimidad y reiteración la legislación y la jurisprudencia.
3. La preferencia en la concertación de las entidades no lucrativas supone un corolario lógico de las anteriores premisas, siempre que resulte fundamentado y proporcional, como así sucede en las propuestas planteadas.

1. CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE

La contratación pública no puede interpretarse de forma holística, pues no compone una realidad ajena al marco jurídico general ni al conjunto de políticas públicas que la conforman. Por lo tanto -y más si cabe en la actual coyuntura socioeconómica-, la licitación y ejecución de los contratos públicos no resulta ajena a sus efectos sociales, por lo que atendiendo al interés público, además de la mejor propuesta económica deberá buscarse la oferta con mayores beneficios sociales, por supuesto sin obviar en ningún caso los criterios de calidad y eficacia.

Se trata de concebir las actuaciones públicas desde una visión transversal:

- Las prioridades de la acción pública (la lucha contra el desempleo, la igualdad entre mujeres y hombres, la igualdad de oportunidades y no discriminación) deben apoyarse en todas las herramientas políticas, sean acciones de fomento, subvenciones, programas, personal propio o externo, y por supuesto en la contratación pública.
- A la inversa, los efectos de la contratación pública no se agotan en la mera ejecución de una obra, la prestación de un servicio o la entrega de un suministro, sino que deben colocarse al servicio de valores y principios superiores, como son el empleo de personas en riesgo de exclusión social, la discapacidad, el medioambiente, etc.
- La contratación pública no constituye una actuación cualquiera ni residual, sino que posee una notable incidencia en el mercado y en el entorno debido a su enorme importancia cuantitativa (económica-presupuestaria, alcance, impacto) y su potencial cualitativo (carácter ejemplarizante, referencia y modelo, transferencia y replicabilidad, repercusión en el sector empresarial).
- Por lo tanto los criterios sociales en la contratación deben interpretarse como una opción por la transversalidad (el más eficaz de los sistemas) de las políticas públicas, advirtiendo así que cualquier acción administrativa debe establecer sinergias y coordinar sus objetivos con las políticas sociales. Sirva como ejemplo el hecho de que la responsabilidad de reciclar el papel o consumir menos energía no es exclusiva del área de medioambiente, sino del conjunto de la Administración Pública con independencia de su ámbito de actuación. Decir que los contratos no están al servicio del desempleo es como afirmar que solamente el Área de la Mujer de un Ayuntamiento debe posicionarse a actuar contra de la violencia de género.

La lista de referencias y antecedentes sobre la inclusión expresa de las cuestiones sociales entre la contratación sería interminable. Mostremos algunos ejemplos (negritas siempre propias):

- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Exposición de Motivos (IV.3:

*“la Ley de Contratos del Sector Público incluye sustanciales innovaciones en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los negocios sujetos a la misma. **Sintéticamente expuestas, las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato 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 subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo [2005/2245 (INI)], y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales ...”.***

- El Parlamento Vasco, en el Pleno celebrado el 8 de junio de 2007, aprobó la proposición no de ley sobre la inclusión de cláusulas sociales en los procedimientos de contratación:

1. ***El Parlamento Vasco insta al Gobierno Vasco a que utilice la contratación pública como un eficaz instrumento de lucha contra la exclusión social, en sus diversas manifestaciones, y de incorporación laboral de personas con discapacidad, o especiales dificultades de acceso al empleo, de forma que contribuya a reducir el riesgo de exclusión. Para ello, en la medida permitida por el ordenamiento jurídico, le insta a que incorpore cláusulas sociales en el procedimiento de contratación y en la ejecución de los contratos.***

2. ***El Parlamento Vasco insta al Gobierno Vasco a fomentar la incorporación laboral de personas excluidas o en riesgo de exclusión del mercado laboral en empleos de calidad, mediante la incorporación de las cláusulas sociales arriba mencionadas y facilitando por un lado mercado a las empresas de inserción, y por el otro implicando a las empresas ordinarias lucrativas en el objetivo de la inserción sociolaboral –a semejanza de la reserva del 2 % para personas con discapacidad.***

- Precisamente dicho acuerdo del Parlamento Vasco instaba al Gobierno Vasco, para que formase una comisión técnica que determinase las posibilidades de aplicar cláusulas sociales en los contratos públicos y que tomase las medidas necesarias para su efectiva regulación, cuyo resultado fue el **“Acuerdo del Consejo de Gobierno, sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la administración de la comunidad autónoma y de su sector público”** aprobado el 29 de abril de 2008 y al que nos referiremos con detalle, puesto que en el mismo se incluyen criterios sociales como sistema de solvencia técnica, como reserva de contratos, como criterios de adjudicación y como condiciones de ejecución.

- Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón:

Artículo 3.—Principios rectores de la contratación.

2. En toda contratación se buscará la máxima eficiencia en la utilización de los fondos públicos y en el procedimiento, atendiendo a la consecución de objetivos sociales y de protección ambiental cuando guarden relación con la prestación solicitada y comporten directa o indirectamente ventajas para la entidad contratante.

- Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra:

Exposición de Motivos: La presente Ley Foral es también sensible a las preocupaciones medioambientales y sociales y, por ello, prevé la incorporación de criterios de carácter social y medioambiental en la contratación, siempre que su empleo no limite o restrinja indebidamente la competencia. ... Esta regulación permite que la contratación sea un instrumento para la ejecución de las políticas públicas de carácter social o medioambiental que determinen los poderes públicos... Esta visión instrumental de la contratación pública al servicio de los valores superiores que consagra el ordenamiento se ha trasladado al texto evitando el tratamiento de la contratación pública con una visión economicista de carácter unilateral y simplista.

El valor de esta dos últimas referencias -que incorporan los objetivos sociales entre los principios rectores de la contratación-, consiste en señalar (al igual que la LCSP y la Directiva 2004/18/CE) que el legislador pone el foco de atención sobre esta interrelación entre políticas sociales y contratación pública, superando la supuesta dicotomía que todavía algún sector doctrinal aprecia entre ambas.

Pero no se trata de referencias aisladas, pintorescas ni novedosas, tampoco de declaraciones de intenciones, sino que son numerosas las alusiones normativas sobre la coordinación entre los contratos públicos y las políticas públicas de interés general, logrando así que el presupuesto público destinado a la contratación de bienes, servicios y obras, coadyuve a la cohesión social y a la sostenibilidad ambiental.

- En materia ambiental, el Consejo de Ministros del Gobierno de España, mediante la Orden de Presidencia 116/2008, de 21 de enero, aprobó el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

Como antecedentes, cabe referir que el Consejo de Ministros, mediante Acuerdo de 22 de mayo de 2006, creó la “Comisión Interministerial para la Incorporación de Criterios Ambientales en la Contratación Pública”. Objetivo que aparece en la Estrategia para el Desarrollo Sostenible de la

Unión Europea adoptada en el Consejo de Gotenburgo de 2001, considerando la importancia de la contratación pública con criterios ambientales y la necesidad de establecer planes de acción, que se plasma en la “Comunicación sobre Política Integrada de Productos de la Comisión de Junio de 2003”.

El Plan de Contratación Pública Verde contiene ambiciosos objetivos para ocho grupos de productos diferentes con sus correspondientes medidas a realizar. Además de plantear objetivos y medidas propias, el Plan pretende ser complementario y servir de apoyo a la implantación de otras políticas estatales de defensa del medio ambiente, así, se incorporan las medidas propuestas en el Plan de Ahorro y Eficiencia Energética para los Edificios de la Administración General del Estado, la Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia (Horizonte 2007-2012-2020), el Plan de Energías Renovables 2005-2010 y el Programa de Actuación 2007-2012 del Parque Móvil del Estado.

- Respecto a las políticas de género, la Ley Orgánica 3/2007, de 30 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, contiene dos artículos referidos a la contratación pública:

Artículo 33. Contratos de las Administraciones públicas.

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

Artículo 34. Contratos de la Administración General del Estado.

1. Anualmente, el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determinará los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.

2. Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Y para el efectivo desarrollo de la Ley Orgánica 3/2007, de 30 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, **el Consejo de Ministros adoptó con fecha 19 de octubre de 2007, el “Acuerdo por el que se fijan directrices para la inclusión en los contratos públicos de condiciones dirigidas a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres”.**

- La Ley 44/2007 de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, señala en su Disposición Adicional Primera: ***“Las condiciones especiales de ejecución de los contratos podrán incluir consideraciones relativas a la situación de la exclusión social de los trabajadores vinculados a la realización del contrato...”***.
- El artículo 38.1. de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, señala que ***“Las Empresas públicas y privadas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de 50 vendrán obligadas a emplear un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100***

de la plantilla”, disposición que debe ponerse en relación con las **prohibiciones para contratar del artículo 49.1.c) de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, señalando entre las mismas “la no discriminación de las personas con discapacidad”.**

- El I Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012 propone la *“Incorporación de la accesibilidad como requisito indispensable para compras y contratos públicos”* y la *“Inclusión en las contrataciones públicas de las cláusulas sociales que impidan la contratación de servicios a las empresas que estando obligadas no cumplan con la cuota de trabajadores con discapacidad o no hayan solicitado la excepcionalidad a su cumplimiento”.*
- El Informe de la Subcomisión del Congreso para potenciar y promover la Responsabilidad Social de las Empresas, señala como Recomendación número 24 dirigida a las Administraciones Públicas: *“Incluir en los pliegos públicos de compras y contrataciones aspectos que primen la RSE. La compra y contratación públicas deben ser claras herramientas para el impulso de la RSE, enviando señales al mercado de que serán reconocidas y premiadas las empresas que brindan a la sociedad un valor adicional en materia ambiental y/o social. Claros ejemplos de esto pueden ser la inclusión de cláusulas sociales que permitan discriminar positivamente a favor de las empresas de inserción o de los productos de comercio justo”.*
- El 23 de junio de 2009, el Congreso de los Diputados aprobó con el acuerdo unánime de los grupos parlamentarios una Proposición no de Ley en la que se solicita el impulso de una gestión socialmente responsable de las Administraciones Públicas mediante actuaciones que favorezcan la incorporación de cláusulas sociales en los concursos y contratos públicos.
- El propio Consejo de Ministros del Gobierno de España aprobó el 26 de febrero de 2010 el “Plan extraordinario de inclusión social y lucha contra la pobreza”, entre cuyas medidas de fomento se encuentra el desarrollo del Tercer Sector, planteando al efecto diversas acciones, entre ellas, la *“Introducción de criterios sociales en la contratación pública”.* Y que el propio Plan argumenta las virtudes de esta acción del siguiente modo: *“La utilización de las cláusulas sociales en el sector público contribuye a la sostenibilidad económica de las políticas sociales; aumenta la rentabilidad social de la inversión pública al posibilitar la igualdad de oportunidades y el desarrollo de iniciativas de economía solidaria y favorece la corresponsabilidad de los agentes sociales que desarrollan este tipo de iniciativas como son las empresas de inserción sociolaboral, los centros especiales de empleo, asociaciones, fundaciones y cooperativas”.*

Y termina el texto referido a esta medida sobre cláusulas sociales con un mandato: *“Por tanto, se considera necesario dar un impulso decisivo a la implantación de las cláusulas sociales en los procedimientos de contratación pública para lo cual, mediante Acuerdo de Consejo de Ministros se establecerán, en el plazo de 5 meses, las instrucciones necesarias para introducir condiciones especiales de ejecución de contenido social en los procedimientos de contratación de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos”.*

En el ámbito de la Unión Europea, seleccionamos algunas referencias significativas, teniendo en cuenta además el tiempo transcurrido desde los primeros señalamientos que relacionan las políticas sociales con la contratación pública:

- El 27 de noviembre de 1996, la Comisión Europea publica el *“Libro Verde. La Contratación pública en la Unión Europea. Reflexiones para futuro”*, que invita a la búsqueda de mecanismos que profundicen las políticas comunitarias en un mercado tan importante como el de la contratación pública, señalando en su apartado 5.42. *“una posibilidad consiste en imponer como condición de ejecución de los contratos públicos adjudicados el respeto de las obligaciones de carácter social, encaminadas, por ejemplo a fomentar el empleo de las mujeres, o a favorecer la protección de determinadas categorías desfavorecidas”.* El apartado 5.V indica también: *“Los poderes y entidades*

adjudicadoras pueden verse obligadas a aplicar diferentes aspectos de la política social en el momento de la adjudicación de sus contratos, ya que las adquisiciones públicas pueden constituir un importante medio de orientar la actuación de los operadores económicos".

- El Comité Económico y Social de la Unión Europea, aprobó el 29 de mayo de 1997 un Dictamen sobre contratación pública, en el que indicaba que: ***“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 adjudicadoras, pueden integrar estas preocupaciones en los contratos públicos que realizan”***.
- La Comunicación de la Comisión Europea de 11 de marzo de 1998, sobre la “Contratación Pública en la Unión Europea”, aborda el capítulo 4 con el título de “Contratación Pública y Aspectos Sociales” e indica que ***“los poderes adjudicadores pueden desarrollar diferentes aspectos de política social durante el procedimiento de contratación, pudiendo constituir así sus compras un medio importante para orientar la acción de los operadores económicos”***. Igualmente en el capítulo de objetivos se indica: ***“El objeto de la optimización de los fondos públicos no debe excluir la apreciación de otras consideraciones de tipo medioambiental, social o de protección de los consumidores, sin que sea necesaria la modificación de las normas actuales”***.
- El Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas, en su Dictamen de 26 de abril de 2000, -COM(2000) 275 final-, afirma: ***“2.6. Llama en alto grado la atención la ausencia de aspectos sociales en los criterios de adjudicación de un contrato. Los criterios sociales también deberían desarrollarse de manera específica. El Comité es consciente de la dificultad de tratar estos puntos en detalle y recomienda que las futuras Comunicaciones interpretativas de la Comisión que se refieran a aspectos medioambientales y sociales se transformen en directrices para los Estados miembros, en las que se especifique cómo han de aplicarse estos aspectos. El CES recomienda la redacción de un manual social de contratación a fin de orientar a los poderes públicos también en este ámbito.”***
- Uno de los puntos de inflexión en la contratación pública responsable, se produce con la ***“Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea, de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos”***. La redacción y aprobación dicha Comunicación fue motivada por el hecho de que muchos países miembros estaban aplicando cláusulas sociales en sus contratos públicos y se deseaba clarificar la cuestión, lo que ciertamente consiguió en buena medida el documento, a cuyo contenido aludiremos posteriormente.
- En el año 2006 el Parlamento Europeo aprobó su Resolución sobre Comercio Justo y Desarrollo [2005/2245(INI)] en la que pide a las Autoridades Públicas Europeas que ***“que integren criterios de comercio justo en sus licitaciones y sus políticas de compra”***.
- En el ámbito internacional, en 2006 se estableció el grupo de trabajo del ***Proceso de Marrakech sobre Compra Sostenible***, entre cuyos objetivos figuraba el establecimiento de mecanismos para la incorporación de la variable ambiental y social en la contratación de los Gobiernos Estatales de todo el mundo teniendo en cuenta las diferentes situaciones políticas y económicas.
- 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 de 2011, señala: ***“Otro objetivo complementario es permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como proteger el medio ambiente, hacer un uso más eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social y asegurar las mejores condiciones posibles para la prestación de servicios públicos de alta calidad. La búsqueda de este objetivo puede contribuir también a la realización del primero —un gasto público más eficiente a largo plazo— por ejemplo, al conceder menos prioridad al menor precio inicial en favor del menor coste del ciclo de vida”***.
- Y cerrando esta lista, en el año 2010, la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de

Oportunidades de la Comisión Europea publicó el manual **“Adquisiciones Sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”**. Se trata de un documento elaborado a partir del SEC(2010) 1258 final, cuya elaboración ha ocupado más de dos años y para el que se ha dado participación a todos los estados miembros y diversos expertos, siendo finalmente publicada para ilustrar a las administraciones acerca de diferentes posibilidades de incorporar cuestiones sociales en la contratación pública.

CONCLUSIONES

1. La contratación pública socialmente responsable se halla plenamente amparada en la normativa de contratos públicos, tanto nacional como comunitaria.
2. Su desarrollo, aunque lento está siendo notable y podemos citar incontables referencias: Comunicaciones, jurisprudencia, o dictámenes e informes, así como un muy abundante cuerpo legal autonómico, nacional y europeo.
3. Resultando que la contratación pública socialmente responsable se aplica de forma pacífica a contratos cuyo objeto social es la jardinería, la limpieza o las obras públicas, entendemos que con mayor motivo y absoluta seguridad jurídica puede y debe aplicarse a contratos (o conciertos) cuyo objeto, contenido y naturaleza lo conforman la prestación de servicios sociales.

2. ACCIÓN POSITIVA

El artículo 9.2 de la Constitución establece: **“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”**.

El Tratado Constitutivo de Ámsterdam de 1997 de la Unión Europea, considera la Igualdad de Oportunidades como un principio básico y fundamental en la construcción de la Europa Comunitaria y así dispone que **“se podrán tomar todas las medidas adecuadas para luchar contra cualquier discriminación basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, una discapacidad, la edad o la orientación sexual” (Art. 13)**. Igualmente especifica que con el objeto de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres, los estados miembros podrán establecer acciones positivas: **“mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales, o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales” (Art. 141.4.)**.

Las referencias no son gratuitas, pues está demostrado que la igualdad de derecho no garantiza la igualdad efectiva o de hecho, y que el contexto social perpetúa la existencia de grupos desfavorecidos.

Ambos artículos nos remiten a la necesidad de una activa remoción de obstáculos bajo el principio de la acción positiva, y a una eficaz implementación de medidas aplicando el principio de transversalidad.

La acción positiva supone la aplicación de una medida diferenciadora encaminada a paliar la desigualdad previa de un colectivo discriminado o desfavorecido. Y tanto la acción positiva como la transversalidad son una constante en las políticas activas, pues debe entenderse la igualdad de oportunidades como una

metodología que contempla los desequilibrios sociales, identifica los orígenes de la discriminación y actúa para evitar las desigualdades producidas.

Por lo tanto la acción positiva debe integrarse en el análisis, diseño, actuación y evaluación de todas las políticas públicas, resultando imprescindibles los instrumentos de desarrollo, y precisamente una herramienta notoriamente desaprovechada son las contrataciones públicas.

Podemos citar muchas referencias que abogan por las medidas de acción positiva, generalmente referidas a las personas con discapacidad o a la igualdad entre mujeres y hombres. Pero de modo especial nos interesa acudir a la doctrina del **Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que han aceptado «la llamada discriminación positiva, acción afirmativa, acción positiva o acción compensatoria»**. Recordemos algunos fundamentos jurídicos de algunas de las más significativas (negritas siempre propias):

El deber de los poderes públicos de procurar la igualdad efectiva.

“El artículo 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva...; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material. La incorporación de esa perspectiva es propia de la caracterización del Estado como social y democrático de Derecho con la que se abre el articulado de nuestra Constitución y que trasciende a todo el orden jurídico”.¹

“La modificación del Tratado de la Comunidad Europea por el Tratado de Lisboa ha dotado de mayor relieve a la promoción de la igualdad, concretamente, a la definición de un objetivo transversal para todas las actividades comunitarias, consistente en «eliminar las desigualdades y promover su igualdad», de acuerdo con el cual «la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías». La inclusión de la igualdad en este cuadro de valores fundamentales tiene como correlato la asunción de un compromiso de fomento de la misma en el segundo párrafo del nuevo artículo 2.3 del Tratado de la Comunidad Europea”.²

“La igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico —inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho— no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva».³

Acción Positiva

«Con todo, en la perspectiva del artículo 9.2 de la Constitución, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer».⁴

Aceptación del tratamiento

«El principio de igualdad permite el tratamiento desigual ante situaciones de

¹ STC 12/2008, de 29 de enero de 2008.

² STC 12/2008, de 29 de enero.

³ STC 216/1991, de 14 de noviembre.

⁴ STC 3/1993, de 14 de enero.

desigual ante situaciones desiguales. **hecho desiguales»⁵.**

«No toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación ya que el alcance de la igualdad ante la Ley no impone un tratamiento igualitario absoluto».⁶

Justificación y necesidad de fundamentación y proporcionalidad. **“Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios o juicios de valor generalmente aceptados”.⁷**

“Si el supuesto de hecho, esto es, la práctica discriminatoria es patente, la práctica correctora (la diferencia de trato), vendrá constitucionalmente justificada”.⁸

«La igualdad encierra prohibición de discriminación, pero esta prohibición no es absoluta e incondicionada, pues rige la prohibición para situaciones iguales, no actuando sin embargo, cuando existen elementos diferenciales, que permiten y aún postulan un trato discriminado basado en motivos objetivos, es decir, una justificación racional o jurídica suficiente».⁹

Acción positiva en materia de empleo. **“Se ha intentado promocionar -reiteramos que legítimamente- la inserción profesional de sujetos con dificultades de acceso al empleo, lo que, en sí mismo no sólo no es contrario a la igualdad, sino que la hace posible y efectiva, a través de un mecanismo, la reserva de plazas...”.¹⁰**

«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 existente».¹¹

⁵ STC 128/1987 de 16 de julio.

⁶ STC 22/1981, de 2 de julio.

⁷ SSTC 76/1990, 22/1981, 34/1981, 103/1983, 166/1986, entre otras muchas.

⁸ STC 128/1987 de 16 de julio.

⁹ STS de 24 de enero de 1997.

¹⁰ STC 269/1994 de 3 de Octubre.

¹¹ STC 128/1987 de 16 de julio.

CONCLUSIONES

1. La legislación conforme al principio de igualdad permite el tratamiento desigual ante situaciones de hecho desiguales.
2. Lo que también exige el principio de igualdad es que exista una discriminación previa y que las medidas aplicadas sean proporcionales y justificadas.
3. El trato desigual dirigido a las entidades de iniciativa social debe entenderse que su papel resulta fundamental en la configuración y comprensión del actual sistema de servicios sociales, pues sin exagerar pudiera decirse que son incluso preexistentes al mismo.
4. Pero la cuestión fundamental que define la diferencia entre las entidades de iniciativa social y las entidades de iniciativa mercantil no es su tipología jurídica, lo resultaría irrelevante (o directamente ilegal) en cuanto a las consecuencias jurídicas que estamos abordando, sino sus efectos (la sustanciación práctica de sus características en la prestación y el valor añadido a la oferta presentada):
 - Carecen de ánimo de lucro, aplican el principio de solidaridad y reinvierten sus excedentes en el bien común, por lo que suponen un ahorro cierto a los presupuestos públicos.
 - No se limitan a la prestación de servicios, sino que combaten las causas que producen exclusión social y promueven de forma activa la extensión de los derechos ciudadanos.
 - Se coordinan con otras entidades públicas o privadas a través de metodologías de cooperación y de participación y se relacionan de forma integrada con otros sistemas (sanitario, laboral, educativo, judicial, penitenciario, juvenil, cultural, etc).
 - Atienden a los colectivos más vulnerables y a las personas en situación o riesgo de exclusión social.
 - Adaptan su actividad al territorio, a la identidad local y sociocultural.
 - Promueven el voluntariado y facilitan la participación de las personas usuarias.
 - Destacan en la aplicación de políticas de género y las prácticas medioambientales.
 - Mejoran los ratios de personal de las entidades de iniciativa mercantil.

3. PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y LIBRE CONCURRENCIA.

Como cierre de este capítulo -introductorio pero completamente relevante para comprender y sustentar las propuestas consiguientes-, es preciso aludir a los principios básicos de la contratación pública: igualdad, libre concurrencia y no discriminación. A ellos se refieren el artículo 2 de la Directiva Comunitaria 2004/18/CE (los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio), y en el artículo primero de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos).

En especial, las Directivas Comunitarias, el Tratado de la Unión Europea y en buena lógica la normativa española, prohíben cualquier discriminación a las empresas de otros estados miembros, por lo que en ningún caso pueden establecerse ventajas para las empresas o entidades nacionales ni locales.

La admisibilidad de criterios sociales en la contratación pública no ofrece lugar a dudas, al igual que la jurisprudencia constitucional admite de forma coherente la acción positiva. Pero no todo vale, como hemos visto, la acción positiva exige una discriminación preexistente que debe corregirse (justificación) y una proporcionalidad en la actuación consiguiente.

Del mismo modo, al abordar y concretar una acción positiva en favor de entidades sin ánimo de lucro debemos analizar si existe base legal (no vulneración de los principios básicos), si existe motivación y si se produce una proporcionalidad de los fines con las medidas adoptadas.

No es solo que las entidades sin ánimo de lucro ofrezcan ventajas respecto a las entidades lucrativas, sino que las entidades del Tercer Sector han jugado un papel fundamental en la propia configuración del actual modelo de Servicios Sociales. Así lo reconoce en su artículo 78.1. la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de la Generalitat de Cataluña:

Las entidades de iniciativa social son un elemento definitorio del sistema de servicios sociales y un elemento clave en el fomento de los servicios sociales.

Y abunda al respecto en su preámbulo: ***En este sentido, es preciso reconocer el papel esencial de las entidades del tercer sector en la creación del modelo de servicios sociales en Cataluña y de la extensa red que ponen al alcance de las personas en situación de exclusión social, de riesgo o de vulnerabilidad. Es por ello que es preciso garantizar el establecimiento de un modelo de cooperación y concertación público y privado que las fomente y les dé estabilidad, así como priorizar la aplicación de cláusulas sociales en la contratación para la gestión de servicios públicos.***

Para entender esta cuestión y la evolución legislativa en cuanto a la asunción de criterios sociales, es preciso recordar que el Tercer Sector (las entidades sin ánimo de lucro) han planteado desde hace varias décadas que se arbitre un mercado protegido, reservando para ello una parte del total del mercado de contratos públicos para ser adjudicada exclusivamente a entidades sociales. Sin embargo la respuesta jurídica durante mucho tiempo no ha sido otra que una rotunda negativa basada en los principios de igualdad, libre concurrencia y no discriminación.

No obstante, la aprobación en primer lugar de de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004; y posteriormente de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, precisamente transponiendo y adaptándose a la anterior, han cambiado de forma notable este panorama, estableciendo no solo la validez del principio de acción positiva como una excepción a los principios de igualdad y libre concurrencia, sino otorgando expresa carta jurídica a la reserva de contratos para determinadas entidades de carácter social.

El primer razonamiento jurídico lo hallamos en consecuencia en la propia normativa de contratos públicos, que establece la posibilidad de reservar contratos a determinadas empresas protegidas, así como de establecer la preferencia en la adjudicación para entidades sin ánimo de lucro. Así lo disponen las Disposiciones Adicionales 6ª y 7ª de la LCSP (D.A. 3ª y D.A. 5ª del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y se deroga la LCSP), así como el artículo 19º de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004. A ellas nos referiremos con detalle, junto con diversas normativa autonómica en el momento de abordar las reservas de conciertos para entidades sin ánimo de lucro.

Pero veamos además algunas de las referencias de la Unión Europea, muy clarificadoras al respecto y que fundamentan la acción positiva en favor de las entidades sin ánimo de lucro, sin derivarse de la misma vulneración de los principios de igualdad, libre concurrencia, no discriminación, libre prestación de servicios o libre establecimiento de empresas:

- La Comunicación de la Comisión Europea de 11 de marzo de 1998, sobre la “Contratación Pública en la Unión Europea”, en su capítulo de “Contratación Pública y Aspectos Sociales”, indica que *“los poderes adjudicadores pueden desarrollar diferentes aspectos de política social durante el procedimiento de contratación, pudiendo constituir así sus compras un medio importante para orientar la acción de los operadores económicos. Entre los ejemplos que pueden ilustrar este supuesto, podemos citar ... utilizar un contrato público como medio para alcanzar un objetivo deseado, como por ejemplo, la **constitución de un mercado cautivo para un taller protegido, el cual no podría hacer frente a la competencia de empresas comerciales clásicas con un nivel de productividad normal**”*.
- La Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las posibilidades de incorporar criterios sociales en los contratos públicos (COM(2001) 566 final, de 15 de octubre de 2001) ***podrán admitirse las prácticas consistentes en reservar contratos en favor de ciertas categorías de personas, por ejemplo, los discapacitados (talleres protegidos) o los desempleados. No obstante, estas prácticas no deberán suponer una discriminación directa o indirecta contra los proveedores de los demás Estados miembros, ni constituir una restricción injustificada de los intercambios. De este modo, una reserva de contratos en favor de los licitadores nacionales se considerará contraria a las normas y los principios generales del Tratado CE. Por el contrario, si la participación en los contratos está también abierta a los talleres protegidos de los demás Estados miembros, dicha práctica no se considerará a priori discriminatoria, pero la adjudicación del contrato deberá respetar, en particular, los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia***”.

La Comunicación Interpretativa resulta muy interesante, ya que admite la validez de los contratos reservados, pero establece sus límites: por una parte que no se discrimine a otros estados miembros, y por otra que exista igualdad de trato entre los licitadores que reúnen las características de la reserva (es decir, igualdad de trato entre los talleres protegidos o entre las entidades sin ánimo de lucro).

- En esta línea incide la Unión Europea a través de la publicación: “Adquisiciones Sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”, documento elaborado a partir del SEC(2010) 1258 final, por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea. En ella se dedica un capítulo (3.2.) a las “Reservas para talleres protegidos”, señalando que: *“Las Directivas de contratación incluyen, sin embargo, una disposición explícita que permite que los Estados miembros «reserven el derecho de participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos» para talleres protegidos o que «contemplen la ejecución de tales contratos en el contexto de programas de empleo protegido». La explicación es que «los talleres protegidos y los programas de empleo protegido contribuyen de forma efectiva hacia la integración o reintegración de personas con discapacidad en el mercado*

laboral. Sin embargo, tales talleres podrían no ser capaces de obtener contratos en condiciones de competencia normales». En consecuencia, es apropiado admitir que los Estados miembros concedan preferencias para permitir la existencia de dichos talleres sin necesidad de competir con otros operadores económicos.”

Además de esta referencia, resulta directamente aplicable al caso que nos ocupa esta otra:

***“En el ámbito de los servicios sociales, no obstante, en casos excepcionales en los que se satisfacen determinadas condiciones específicas, es posible reservar la ejecución de ciertos contratos a operadores sin ánimo de lucro. Para ello, es preciso que exista una ley nacional que regule esta actividad en particular y que prevea acceso restringido a ciertos servicios para el beneficio de operadores sin ánimo de lucro. No obstante, cualquier ley nacional de ese tipo constituiría una restricción de los Artículos 49 y 56 del TUE sobre libertad de establecimiento y libre circulación de servicios y debería justificarse caso por caso. Sobre la base de la jurisprudencia del TJUE, tal restricción podría justificarse, en particular, si fuera necesaria y proporcionada para la obtención de determinados objetivos sociales que persigue el sistema de bienestar social nacional.*”**

- A las entidades sin ánimo de lucro y la adjudicación de contratos se refiere también varias de las conclusiones del **“Informe sobre el futuro de los servicios sociales de interés general”** (2009/2222), de 22 de junio de 2011, de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales de la Comisión Europea, destacamos del mismo:

7. Destaca que el carácter de interés general de un servicio social no depende de su ámbito, sino de la modalidad de la prestación, en la que interviene una serie de factores como la no existencia de ánimo de lucro...

40. Pide a la Comisión y a los Estados miembros que respeten las diferentes modalidades de organización y de gestión de los SSIG, así como los recursos y los métodos de financiación de dichos servicios; pide, asimismo, a los Estados miembros que modifiquen las «reformas» que han institucionalizado modelos de protección social basados en el mercado y sometidos a las obligaciones de competencia y licitación, y que dejen de fomentar los modelos de colaboración público-privada (CPP) y de externalizar los servicios sociales en beneficio del sector privado, dado que se trata de estrategias engañosas para «modernizar» los servicios sociales; considera que el ocuparse de los intereses generales y el garantizar unas prestaciones eficientes y de elevada calidad, tanto en el sector público como en el «tercer sector» sin ánimo de lucro o la economía social, constituye la estrategia más adecuada para garantizar unos servicios sociales de alta calidad, integradores e integrados;

51. Hace hincapié en la ambigüedad con respecto al derecho de los Estados miembros de insistir en los criterios sociales, medioambientales y de calidad en las licitaciones y la adjudicación de contratos públicos, y señala a la atención los cambios en el marco jurídico que se derivan del Tratado de Lisboa y la Carta Europea de los Derechos Fundamentales; en el contexto del comercio justo, la prevención de una carrera a la baja y la prestación de unos servicios de calidad, pide que se amplíe el concepto de «oferta económicamente más

ventajosa» de tal forma que las licitaciones y los contratos de adjudicación, así como los subcontratos para la prestación de SIG, incluidos los SSIG, incluyan obligatoriamente los criterios nacionales o locales del Estado miembro en cuestión en materia social, medioambiental y de calidad del servicio, que deben guardar relación con las mejores prácticas internacionales; subraya que, con miras a la uniformidad de las normas, los criterios de aceptación de ofertas no deben basarse exclusivamente en el precio; insiste en que las reformas tengan en cuenta el estatuto específico de los proveedores sin ánimo de lucro y de la economía social;

- La Comunicación de la Comisión sobre **“Los servicios de interés general en Europa”** (2001/C 17/04), realiza la siguiente alusión:

“De forma más general, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, muchas actividades llevadas a cabo por organizaciones que desempeñan en gran medida funciones sociales, que no pretenden obtener beneficios y que en teoría no se dedican a actividades industriales o comerciales, estarán por lo general excluidas del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de competencia y mercado interior. Esto abarca varias actividades no económicas de organizaciones tales como sindicatos, partidos políticos, iglesias y sociedades religiosas, asociaciones de consumidores, asociaciones culturales, organizaciones de beneficencia, caridad y ayuda. Sin embargo, siempre que una de estas organizaciones, al realizar una tarea de interés general, se dedique a actividades económicas, la aplicación de las normas comunitarias a estas actividades económicas se regirá por los principios establecidos en la presente Comunicación respetando en especial el entorno social y cultural en el que tienen lugar las actividades pertinentes. Por otra parte, cuando el Derecho comunitario se aplique a estas actividades, la Comisión examinará también, a la luz de una reflexión más genérica sobre sus poderes discrecionales, si, según los intereses de la Comunidad, es necesario incoar un procedimiento en estos casos, a tenor de sus obligaciones legales establecidas en el Tratado CE”.

- La Comunicación anterior al citar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se refiere en concreto a la Sentencia de 7 de diciembre de 1993, C-109/92, Asunto Wirth. Dice la parte dispositiva de la misma que *“unos cursos impartidos en un centro de educación superior que se financian esencialmente con fondos públicos no constituyen servicios en el sentido del artículo 60 del Tratado CEE”.*
- A su vez, la Comunicación **«Un mercado único para la Europa del siglo XXI»**, COM(2007) 725 final, de 20 de noviembre, en el capítulo de servicios de interés general, incluidos los sociales, indica: **“en la prestación de los servicios sociales frecuentemente desempeñan un papel importante proveedores sin fin lucrativo y trabajadores voluntarios, que con ello expresan su espíritu de ciudadanía y contribuyen a la inclusión social, la cohesión social de las comunidades locales y la solidaridad entre generaciones”.**
- La Comunicación de la Comisión COM(2006) 177 final, sobre **“Aplicación del programa comunitario de Lisboa: Servicios sociales de interés general en la Unión Europea”**, indica: **“Si bien los servicios sociales, según el Derecho comunitario aplicable al respecto, no constituyen una categoría jurídica diferenciada dentro de los servicios de interés general, esta mera enumeración demuestra que, no obstante, ocupan un lugar específico como pilares de la sociedad y la economía europeas. Esto se deriva, para empezar, de su contribución a varios objetivos y valores esenciales de la Comunidad, como un alto nivel de empleo y de protección social, un elevado nivel de protección de la salud humana, la igualdad entre hombres y mujeres, y la cohesión social y territorial. Pero esta especificidad también procede del carácter vital de las necesidades que han de satisfacer, garantizándose de este modo la aplicación de derechos fundamentales como la dignidad y la integridad de la persona”.**

Y señala igualmente: **“Este entorno de mayor competencia y la asunción de las necesidades particulares de cada persona, incluidas las no solventes, propician un clima favorable a una «economía social», marcada por el lugar importante que ocupan los prestadores sin ánimo de lucro, pero que ha de afrontar la exigencia de eficacia y transparencia”.**

- Otro informe digno de mención es 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 de 2011, COM(2011) 15 final, que viene acompañado del SEC(2007) 1514 de 20.11.2007, titulado "Preguntas frecuentes sobre la aplicación de las normas de contratación pública a los servicios sociales de interés general", en el que se aborda la cuestión 97.1.2. **¿Deben las Directivas admitir la posibilidad de que se reserven contratos de servicios sociales para organizaciones sin ánimo de lucro? ¿Deben estas organizaciones disfrutar de otros privilegios en el contexto de la adjudicación de contratos de servicios sociales?**

Y la respuesta es la siguiente:

“Sin embargo, una ley nacional que regule una actividad particular podría, en casos específicos asegurar un acceso restringido a ciertos servicios en beneficio de organizaciones no lucrativas. En este caso, los poderes públicos están autorizados a limitar la participación en una licitación para tales organizaciones no lucrativas, si la ley es de conformidad con la legislación europea. Sin embargo, si una ley nacional constituyese una restricción a los artículos 43 y 49 de la CE el Tratado, sobre la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios tendría que estar justificada caso por caso. Sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una restricción podría ser justificada, en particular, si es necesario y proporcionado en vista de la consecución de ciertos objetivos sociales perseguidos por el sistema nacional de asistencia social”.

La pregunta y su respuesta fundamentada resultan de aplicación directa y avalan la posibilidad de establecer sistemas de preferencia en la concertación o contratación con las entidades no lucrativas.

- Y puesto que alude a la jurisprudencia comunitaria, recordamos la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1997 en el asunto Somedare, C-70/95. En ella se enjuiciaba si era compatible con el Derecho comunitario la legislación italiana que contemplaba un sistema de asistencia social concertado que se reservaba en exclusiva a las entidades sin ánimo de lucro. Una sociedad luxemburguesa consideró que la normativa vulneraba el derecho de establecimiento previsto en el artículo 52 del Tratado y el Estado italiano alegó que solamente las entidades sin ánimo de lucro eran operadores idóneos para cumplir con las finalidades sociales del sistema, puesto que tales entidades no estaban influenciadas por la exigencia de obtener beneficios.

El TJCE dio, en tal caso, la razón al Estado italiano, al entender que se trataba de un sistema de asistencia social basado en el principio de solidaridad, y que el Estado italiano, en ejercicio de su competencia para ordenar dicho sistema, podía considerar legítimamente que la mejor forma de alcanzar los objetivos del mismo era, precisamente, mediante la imposición del requisito de la ausencia de ánimo de lucro para acceder al otorgamiento de los correspondientes conciertos.

La parte dispositiva del fallo dice así: **“2. Los artículos 52 y 58 del Tratado CE no se oponen a que un Estado miembro permita únicamente a los operadores privados que no persigan un fin**

lucrativo contribuir a la ejecución de un sistema de asistencia social mediante la suscripción de conciertos que dan derecho al reembolso por parte de las autoridades publicas de los costes de asistencia social de carácter sanitario”.

Y en uno de sus fundamentos jurídicos, se argumenta lo siguiente: “ 47. En el presente asunto, **nada permite afirmar que una normativa nacional que, al igual que aquella de que se trata en el procedimiento principal, supedita la suscripción de conciertos con las USSL que dan derecho al reembolso de de costes relacionados con la prestación de servicios de asistencia social de carácter sanitario al requisito de que el operador privado no persiga ningún fin lucrativo, confiera a las empresas individuales admitidas en el régimen de concierto una posición dominante o dé lugar a la creación entre dichas empresas de vínculos de suficiente entidad con para implicar una posición dominante colectiva”.**

CONCLUSIONES

1. Resulta por completo aplicable el supuesto de la jurisprudencia comunitaria en el asunto Sodemare, que igualmente aparece reseñado en 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”y citado en la publicación de la Comisión Europea “Adquisiciones Sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”.
2. En el caso que nos ocupa, la cobertura para establecer una reserva en favor de entidades sin ánimo de lucro nos la proporciona la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales.
3. La Ley 12/2008, al igual que la Ley 12/2007, de Servicios Sociales (en Cataluña), o la Ley 11/2003 de Servicios Sociales (de la Comunidad de Madrid), han considerado -y en consecuencia amparado- que los operadores no lucrativos gocen de preferencia en la concertación y prestación de los servicios sociales de titularidad pública, sin menoscabo de los principios de libre concurrencia y no discriminación, pues se establecen un sistema en el que no resultan en absoluto excluidas las entidades con ánimo de lucro.
4. Dicha ley es plenamente conforme a la legislación europea y no limita en absoluto la libre circulación de servicios ni el establecimiento de empresas, ya que no restringe dicha participación a entidades no lucrativa de países de otros estados miembros.
5. Por último, el fin está justificado atendiendo a los objetivos sociales perseguidos por el legislador, y además las propuestas (los medios) se plantean de forma proporcionada a dicha finalidad.

III. PROPUESTAS A INCORPORAR EN EL DECRETO DE DESARROLLO DE LA LEY DE SERVICIOS SOCIALES.

1. SOLVENCIA TÉCNICA DE CARÁCTER SOCIAL

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN Y ADICIÓN.

Se propone añadir un punto cuarto al artículo 10, y modificar su título, resultando: Disponibilidad de medios técnicos y profesionales. Solvencia técnica de carácter social.

Apartado a añadir:

4. Considerando que el objeto del concierto es la prestación de los servicios sociales de responsabilidad pública y puesto que su ejecución requiere aptitudes específicas en materia social, cuando las administraciones públicas vascas consideren aplicable el principio de solidaridad, podrán exigir en las convocatorias de conciertos que no requieran clasificación de contratista como requisito de solvencia técnica la ausencia de ánimo de lucro de las entidades que participen en la convocatoria del concierto.

Del mismo modo, cuando la naturaleza y contenido de la prestación a concertar requiera una determinada solvencia técnica de carácter social, los expedientes de conciertos exigirán la concreta experiencia, conocimientos y medios técnicos en dicha materia, conforme a lo establecido en los artículos 63 a 71 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por ejemplo en materia de inserción sociolaboral, atención a la infancia, igualdad entre mujeres y hombres, discapacidad, o cualquiera otra de carácter similar.

ARGUMENTACIÓN TÉCNICA Y JURÍDICA

La solvencia técnica se encuentra regulada en los artículos 63 a 68 de la LCSP, y supone por lo tanto un requisito *sine qua non* para participar en la licitación, por el que las empresas deben acreditar fehacientemente que cuentan con experiencia, personal y medios técnicos para ejecutar debidamente el contrato.

Consiste así en un análisis previo de aptitud, una garantía para las administraciones públicas que determina la admisión o no de la empresa concurrente a la licitación, con el objetivo de que sólo puedan resultar adjudicatarias aquellas que acrediten su capacidad para prestar debidamente el contrato. La terminología comunitaria lo denomina como criterios de selección cualitativa (STJCE 28/01/2008. C-532/06, Asunto Lianakis).

La LCSP no contempla expresamente la utilización de criterios sociales en la solvencia técnica, y no podría exigirse con carácter general ni para todos los contratos, pero su utilización resultaría adecuada en aquellos contratos que tengan por objeto necesidades de prestación social o asistencial, es decir, absolutamente en todos aquellos a los que se aplicaría el sistema de conciertos del Decreto de desarrollo de la Ley de Servicios Sociales.

Por lo tanto, puesto que todos los conciertos se desarrollan en el ámbito de los servicios sociales y debido a la especificidad y al objeto del contrato (o concierto), sí que resulta posible exigir una capacidad específica en cuestiones sociales, ya que el contenido y obligaciones de la prestación requieren de las entidades determinadas exigencias o características sociales. En consecuencia, es legalmente admisible el admitir en el procedimiento de concertación o licitación únicamente a aquellas entidades que así lo acrediten, lo que en absoluto supone limitar la concurrencia sino que es una garantía debida para la posterior ejecución contractual.

La exigencia concreta de carecer de ánimo de lucro ha sido expresamente incorporada en la propuesta por el apoyo jurídico expreso que le otorga la jurisprudencia comunitaria. Nos referimos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1997 en el asunto Sodemare, C-70/95, que ha sentado un precedente profusamente citado y reiterado en diversos informes y comunicaciones europeas posteriores. El TJCE dio la razón al estado italiano que para el establecimiento de conciertos en la gestión del sistema de asistencia social, exigía como requisito la carencia de ánimo de lucro.

El TJCE consideró que se trataba de un sistema de asistencia social basado en el principio de solidaridad, y que el Estado italiano, podía considerar legítimamente que la mejor forma de alcanzar los objetivos del mismo era, precisamente, mediante la imposición del requisito de la ausencia de ánimo de lucro para acceder al otorgamiento de los correspondientes conciertos. La parte dispositiva del fallo dice así:

2. Los artículos 52 y 58 del Tratado CE no se oponen a que un Estado miembro permita únicamente a los operadores privados que no persigan un fin lucrativo contribuir a la ejecución de un sistema de asistencia social mediante la suscripción de conciertos que dan derecho al reembolso por parte de las autoridades públicas de los costes de asistencia social de carácter sanitario.

La sentencia del conocido asunto Sodemare, argumenta que “...nada permite afirmar que una normativa nacional que... supedita la suscripción de conciertos al requisito de que el operador privado no persiga ningún fin lucrativo, confiera a las empresas individuales admitidas en el régimen de concierto una posición dominante o dé lugar a la creación entre dichas empresas de vínculos de suficiente entidad como para implicar una posición dominante colectiva”. E igualmente señala que no supone ninguna vulneración de los principios de igualdad, libre establecimiento de empresas o libre circulación de servicios.

Veamos otros ejemplos que acreditan la validez de la solvencia técnica de carácter social.

- La “Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea, de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos”, cuyo apartado “Integración de aspectos sociales al comprobar la capacidad técnica de los candidatos o licitadores” dice:

Si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social, es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos. Las pruebas que permiten exigir las Directivas sobre contratos públicos sólo ofrecen la posibilidad de tener en cuenta la «solvencia social» de la empresa si ésta demuestra la capacidad técnica de la empresa, a tenor de lo anteriormente señalado, para ejecutar un determinado contrato.

- Una analogía interesante la encontramos en 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 de 2011, COM(2011) 15 final, viene acompañado del SEC(2007) 1514 de 20.11.2007, titulado “Preguntas frecuentes sobre la aplicación de las normas de contratación pública a los servicios sociales de interés general”, en el que se aborda la siguiente cuestión: ¿Se pueden introducir como criterio para la selección de un servicio su familiaridad con el contexto

local, este aspecto es esencial para la prestación exitosa de un SSIG? Y contesta con diversos ejemplos:

Una autoridad municipal con la intención de poner en marcha un albergue para mujeres en dificultad, sobre todo dirigidas a las mujeres de una minoría cultural específica, puede especifique en la convocatoria de las ofertas, el proveedor de servicios debería tener ya la experiencia de este tipo de servicios en un entorno que presentan similares características sociales y económicas y que los empleados que estarán en contacto y/o atender las necesidades de las mujeres en crisis debe suficientemente familiarizados con el contexto relevante cultural y lingüística.

Una autoridad pública que tiene la intención de poner en marcha un servicio de colocación laboral se centró en particular en los adultos jóvenes de zonas desfavorecidas y abordar de manera integral las dificultades específicas de la los usuarios (por ejemplo, problemas de salud mental, las adicciones de alcohol o drogas, la vivienda social y el endeudamiento) podría especificar que el proveedor de servicios debe tener experiencia con este tipo de servicios para grupos similares. También puede indican que el proveedor del servicio debe asegurarse de que a partir del inicio de la prestación de servicios a los empleados que tratan con los usuarios tienen un conocimiento de las redes ya existentes de los actores sociales con los que tendrá que servir de enlace a fin de abordar de manera integral las necesidades de los jóvenes adultos desempleados.

- Otro ejemplo se encuentra en el manual **“Adquisiciones Sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”**, SEC(2010) 1258 final, elaborado por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea. Dedicar un capítulo (IV.B.2 a la Capacidad técnica), argumentando su validez y mostrando algunos ejemplos:

El proceso de selección permite que las entidades adjudicadoras evalúen la capacidad de los candidatos para cumplir con los requisitos especificados en el contrato.

Para poder establecer tal vínculo, los aspectos sociales pueden incluirse en los criterios de selección técnicos sólo si el cumplimiento del contrato exige «conocimientos» específicos en el ámbito social. En función del objeto del contrato, la entidad adjudicadora puede investigar distintos aspectos de la capacidad técnica de los candidatos:

- *¿La empresa licitadora contrata o tiene acceso a personal con la experiencia y los conocimientos necesarios para abordar los aspectos sociales del contrato (por ejemplo, la necesidad de tener personal capacitado y experiencia de gestión específica en el contrato para una guardería infantil, o ingenieros y arquitectos cualificados en cuestiones de accesibilidad para la construcción de un edificio público)?*
- *¿La empresa licitadora posee o tiene acceso a los equipos técnicos necesarios para garantizar la protección social (por ejemplo, la necesidad de tener equipos apropiados para personas mayores en un contrato para dirigir una residencia de jubilados)?*
- *¿La empresa licitadora cuenta con los medios técnicos especializados pertinentes para cubrir los aspectos sociales (por ejemplo, en un contrato de compra de equipos informáticos, la inclusión de requisitos de accesibilidad para personas con discapacidad)?*

Para terminar el apartado, encuadrado y a modo de resumen, señala:

“¿El contrato exige capacidad social (por ejemplo, habilidades concretas, formación o equipos adecuados para abordar los aspectos sociales del contrato)? Si así fuera, incluya criterios sociales para demostrar la capacidad técnica para ejecutar el contrato.”

- Por su valor y relación con esta posibilidad, transcribimos el **“Acuerdo del Consejo de Gobierno, sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación**

de la administración de la comunidad autónoma y de su sector público” aprobado el 29 de abril de 2008 por el Gobierno Vasco, en lo relativo a la solvencia técnica de carácter social:

“VI.4.-EXPERIENCIA, CONOCIMIENTOS Y MEDIOS TÉCNICOS.

1. Si el objeto contractual requiere aptitudes específicas en materia social, de igualdad de mujeres y hombres u otras políticas públicas, en la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios técnicos en las referidas materias que requiera su cumplimiento conforme a lo establecido en los artículos 17 a 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

- Igualmente relevante por el ámbito territorial y por su contenido temático, resulta la **“Instrucción para la incorporación de cláusulas relacionadas con la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en los contratos y subvenciones en el ámbito de actuación de la Diputación Foral de Gipuzkoa”**, aprobado por el Consejo de Diputados de la Excm. Diputación Foral de Gipuzkoa el 21 de junio de 2011 y que rige para todos sus contratos públicos. En el mismo se refiere también a la solvencia técnica de carácter social:

3. Si el contenido contractual requiere aptitudes específicas en materia de igualdad entre mujeres y hombres, en la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios técnicos en dicha materia, conforme a lo establecido en los artículos 63 a 68 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Esta solvencia técnica referida a la igualdad, solamente se aplicará cuando esté justificado conforme a la naturaleza y el objeto del contrato, y para aquellos contratos que no requieran de clasificación empresarial.

- Un caso similar, acerca de la posibilidad de incluir el criterio de estabilidad laboral como criterio de selección cualitativa fue avalada por la **Comisión Europea en su Dictamen de 20 de diciembre de 2001**. En el mismo se examinaban las medidas destinadas a apoyar la estabilidad del empleo y las encaminadas a favorecer la integración social de las personas con discapacidad que se establecían en el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, y en referencia a estas medidas, la Comisión sostenía que no podían servir, en ningún caso, para evaluar la oferta más ventajosa económicamente y que tales criterios debieran considerarse, en su caso, para apreciar la capacidad técnica de la empresa en la fase de selección de los contratistas.
- Y para cerrar este listado, citamos la **“Instrucción para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del Instituto Mallorquín de Asuntos Sociales”**, aprobada en mayo de 2010:

Artículo 6.—Solvencia técnica en materia social.

- *Si el objeto contractual requiere aptitudes específicas en materia social, se exigirá como requisito de solvencia técnica la debida experiencia, conocimientos, y medios técnicos y humanos en la referida temática social.*
- *La exigencia de capacidad técnica social se realizará en condiciones de transparencia, justificándose en el expediente e indicando en el pliego de condiciones los criterios objetivos que se utilizarán para la admisión, así como el nivel de capacidades específicas requeridas.*
- *Las capacidades requeridas serán proporcionadas y coherentes respecto al objeto, el contenido y las características del contrato, y en ningún caso supondrá un requisito injustificado que vulnere o limite los principios básicos de igualdad, no discriminación y libre concurrencia de los licitadores, o genere obstáculos a la apertura de los contratos públicos a la competencia.*
- *Para garantizar el estricto respeto al principio de libre concurrencia, y cuando las características sociales gocen de sustantividad propia que las haga susceptibles de ejecución separada, la solvencia técnica de carácter social se podrá acreditar mediante el compromiso de conveniar o subcontratar con entidades que acrediten esta solvencia.*

Artículo 7.—Acreditación de la solvencia en contratos cuyo objeto y contenido incorpore la inserción sociolaboral.

Si se hubiera establecido como condición especial de ejecución la exigencia de la contratar en la plantilla que ejecutará el contrato a un número o un porcentaje significativo de personas en riesgo de exclusión social, se exigirá solvencia técnica y profesional específica en la materia conforme a lo dispuesto en este artículo. La acreditación podrá realizarse por uno o varios de los medios siguientes:

- a) Clasificación o Registro como empresa de inserción -o equivalente-, o acreditando el cumplimiento de los requisitos establecidos para esta tipología de empresas, todo ello conforme al Decreto 60/2003, de 13 de junio, (BOIB núm.88, de 24 de junio) por el que se crea el Registro de Iniciativas Empresariales de Inserción de las Illes Balears y en consonancia con la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.*
- b) Mediante certificaciones firmadas por organismos públicos competentes en materia de inserción sociolaboral que acrediten la trayectoria y experiencia del licitador.*
- c) Mediante la relación del personal integrado o no en la empresa que participará en la prestación del contrato referida específicamente a incorporación sociolaboral, señalando su titulación, experiencia profesional y similares trabajos desempeñados.*
- d) Mediante el compromiso de conveniar o subcontratar la parte del contrato relativa a la inserción sociolaboral con entidades registradas o acreditadas y experimentadas.*
- e) Por cualquier medio de prueba equivalente que considere la empresa oportuno aportar.*

CLASIFICACIÓN DEL CONTRATISTA

Las propuestas del presente informe han sido redactadas con plena concordancia y sujeción a la normativa de contratos públicos, y por ello contempla la advertencia de que la solvencia técnica de carácter social se aplicará a aquellos conciertos que no precisen de clasificación del contratista. Al respecto, la LCSP, en su artículo 51 (Exigencia de solvencia), señala:

1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito sera sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Pero a su vez, el artículo 54 (Exigencia de clasificación), indica que:

1. Para contratar con las Administraciones Publicas la ejecución de contratos de obras de importe igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a 120.000 euros, sera requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Sin embargo, no sera necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II.

En consecuencia podemos aplicar la solvencia técnica de carácter social en aquellos contratos de servicios por importe inferior a 120.000 euros, y también en aquellos en los que no sea precisa la clasificación del contratista, por ejemplo en los de la categoría 27 del Anexo.

Para ampliar los supuestos, acudimos al artículo 10 LCSP, que establece que los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II, y que debemos interpretarlo conforme a la referencias CPV (Common Procurement Vocabulary o Vocabulario Común de los Contratos Públicos), nomenclatura del Reglamento 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002.

La cuestión que nos interesa, es que no se requiere clasificación de contratista para celebrar contratos de servicios comprendidos en la categoría 27 (Otros Servicios) del Anexo II, y que entre las correspondencias

CPV de la categoría 27, nos encontramos entre otras las siguientes:

91330000-6 Servicios prestados por asociaciones de carácter social

91331000-3 Servicios para el mejoramiento cívico y de apoyo a los servicios para la comunidad

Y por su relación, citamos la “Resolución de 22 de marzo de 1999, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se hace público el acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa por el que se sientan criterios para la inclusión en subgrupos de las actividades de empresas consultoras y de servicios”. La Junta Consultiva se pronunciaba sobre la clasificación en la categoría “Otros servicios”:

“Este subgrupo, lejos de tener un contenido indeterminado, acoge aquellas actividades o trabajos no asignados a un subgrupo concreto y específico, pero que puedan ser objeto de un contrato de servicios, tales como: Agencias de viajes; hostelería y actividades de comidas, banquetes y ágapes; artes gráficas, actividades editoriales y de distribución; traducciones; restauración de obras de arte; guardería infantil; tratamiento e incineración de residuos; almacenaje; portería y control de accesos (excluida seguridad); lectura de contadores; veterinarios; vigilancia para prevención de incendios forestales; protección de especies; traslado interior de bienes muebles; recogida de carritos portaequipajes en estaciones y aeropuertos; desmontaje de armamento y destrucción de munición.

Lógicamente hay que realizar la aclaración de que la clasificación en este subgrupo no habilita para cualquier tipo de contrato en el que así se exija, siendo misión de los órganos de contratación comprobar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 198.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que la actividad de la empresa reflejada en su objeto social, por la que ha obtenido clasificación, coincide con el objeto del contrato cuya licitación se convoca”

CONCLUSIONES

1. La solvencia técnica de carácter social responde a la finalidad de garantizar que los licitadores reúnen las capacidades y cualidades sociales necesarias para asumir las obligaciones derivadas del contrato. En cuanto a sus efectos, opera como un criterio de admisión y su falta de acreditación supone la exclusión del procedimiento.
2. La posibilidad de acudir a criterios sociales para acreditar la solvencia técnica o profesional del licitador o candidato se encuentra avalada por la jurisprudencia comunitaria (asunto Sodemare).
3. Las características sociales de las entidades se vinculan a su capacidad para concertar por tener relación directa con el objeto del contrato de acuerdo con lo que señalan sus estatutos o normas fundacionales. Corresponderá al órgano de concertación el comprobar que el objeto social de la empresa concuerda con el objeto del concierto.
4. Podremos aplicar la solvencia técnica de carácter social para la convocatoria de todos los conciertos cuyo importe no supere los 120.000 euros sin requerir clasificación del contratista.
5. También podemos utilizarla y tampoco será necesaria la clasificación del contratista cuando el órgano concertante encuadre el servicio en la categoría 27 del Reglamento (CE) numero 2195/2002, de 5 de noviembre de 2002; por ejemplo en la de “Servicios prestados por asociaciones de carácter social”, en estos casos además no existe ningún límite económica para la exigencia de solvencia técnica.

2. RESERVA DE CONCIERTOS

PROPUESTA DE ADICIÓN.

Se propone añadir un nuevo artículo, recuperando una propuesta ya existente pero luego eliminada, a través del cual se establezca una reserva de conciertos para entidades sin ánimo de lucro.

Artículo X. Reserva de Conciertos a entidades sin ánimo de lucro.

1. Conforme a la Disposición Adicional Séptima de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, las Administraciones Públicas Vascas reservarán la participación de al menos un 30* por 100 sobre el total del importe presupuestario destinado a la concertación para las entidades sin ánimo de lucro.
2. La reserva de conciertos podrá realizarse mediante una convocatoria específica para entidades sin ánimo de lucro, o bien en el marco de una misma convocatoria abierta para entidades lucrativas y no lucrativas, podrá reservarse un porcentaje del total presupuestario para las entidades sin ánimo de lucro.
3. Podrán ser beneficiarias de la reserva los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción sin ningún límite cuantitativo, así como las entidades sin ánimo de lucro para aquellos importes por debajo de los umbrales de aplicación comunitaria por no estar sujetos a regulación armonizada.
4. Las convocatorias de conciertos objeto de reserva deberán hacer mención expresa a su carácter reservado.

* Porcentaje a estimar.

ARGUMENTACIÓN TÉCNICA Y JURÍDICA

La figura del Contrato Reservado constituye una de las históricas aspiraciones del Tercer Sector, y reconoce el valor añadido de la iniciativa social sin ánimo de lucro, aplicando una acción positiva al estipular que una parte del total de contratos públicos (conciertos en este caso) serán prestados por este tipo de entidades.

Supone seguramente la mayor novedad de la legislación de contratos públicos puesto que implica una excepción -hace apenas unos años casi impensable- a la aplicación de los principios de igualdad y libre concurrencia, facultando a cualquier administración pública para “reservar” un contrato o concierto, estableciendo que en su proceso de licitación sólo podrán participar determinadas entidades de carácter social.

El sistema de licitación o concertación es idéntico al que se seguiría en cualquier procedimiento abierto, restringido o negociado, siendo su única peculiaridad que se excluye de su participación a las empresas mercantiles lucrativas, sin que ello vulnere los principios de libre competencia y no discriminación. En consecuencia solamente podrán resultar adjudicatarias del contrato o beneficiarias del concierto las entidades descritas.

LEGISLACIÓN

- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (idéntica redacción en la D.A. 5ª del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la

Ley de Contratos del Sector Público, que entra en vigor el 16 de diciembre de 2011 y deroga la LCSP).

Disposición Adicional Séptima. Contratos Reservados.

Podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por ciento de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición.

- Que a su vez ha realizado la transposición de la Directiva 2004/18/CE:

Artículo 19. Contratos reservados.

Los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

No es por cierto la única referencia que la Directiva realiza respecto a los Contratos Reservados, puesto que su Considerando 28 señala:

El empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad. En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar 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.

- En el ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca, debe hacerse especial mención al “Acuerdo del Consejo de Gobierno, sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la administración de la comunidad autónoma y de su sector público” aprobado el 29 de abril de 2008, uno de cuyos apartados señala que obligatoriamente se deberán reservar un porcentaje de los contratos públicos:

IV. RESERVA DE CONTRATOS A CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, A EMPRESAS DE INSERCIÓN SOCIOLABORAL, O A LA EJECUCIÓN EN EL MARCO DE PROGRAMAS DE EMPLEO PROTEGIDO

1. Los departamentos, organismos autónomos, entes públicos de derecho privado y entidades pertenecientes al sector público de la Administración General de la Comunidad Autónoma deben reservar anualmente determinados contratos a empresas de inserción registradas, a centros especiales de empleo de personas con discapacidad, o para la ejecución de dichos contratos en el marco de programas de empleo protegido.

La cuantía económica global y sectorial de la referida reserva se fijará anualmente por el Departamento de Hacienda y Administración Pública. A tal efecto, los departamentos competentes en materia de inserción laboral de los colectivos beneficiarios de la reserva, previa consulta con las asociaciones empresariales representativas de dichos sectores, presentarán al Departamento de Hacienda y Administración Pública la cifra de negocios correspondiente al año anterior de los

distintos sectores empresariales beneficiarios de la reserva.

2. La reserva a empresas de inserción registradas se aplicará únicamente a través de contratos menores o procedimientos negociados por razón de la cuantía. Para ello no podrá fraccionarse el contrato con incumplimiento de las prevenciones que respecto al fraccionamiento establece la legislación de contratos.

La reserva a Centros Especiales de Empleo, o para la ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales, podrá aplicarse a contratos de cualquier cuantía.

3. El apartado 5 de la carátula de los modelos tipo de pliegos de cláusulas administrativas particulares aprobados por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 22 de mayo de 2007 permiten señalar la aplicación de la reserva en los procedimientos negociados sin publicidad por razón de la cuantía.

4. Las empresas beneficiarias de la reserva deben cumplir los requisitos establecidos en la legislación aplicable y su finalidad o actividad, de acuerdo con sus normas reguladoras, estatutos o reglas fundacionales, deberá estar relacionada directamente con el objeto del contrato.

Las entidades que quieran ser contratadas en cumplimiento de la reserva mencionada deberán encontrarse inscritas en el Registro de Contratistas regulado por la Orden de 4 de febrero de 1998 del Departamento de Hacienda y Administración Pública, y, según corresponda, en el Registro de Centros Especiales de Empleo contemplado en el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, o en el Registro de Empresas de Inserción regulado por el Decreto 305/2000, de 26 de diciembre.

6. Únicamente podrá justificarse el incumplimiento del indicado porcentaje de reserva en la imposibilidad legal de aplicar la figura del contrato menor o del procedimiento negociado por razón de la cuantía en el señalado volumen de contratación, en la falta de presentación de ofertas aceptables en los expedientes en que se solicitaron, o en la no inscripción en el Registro de Contratistas de empresas que cumplan los requisitos y adecuación al objeto contractual reservable.

POSIBILIDAD DE RESERVAR UN PORCENTAJE O CUANTÍA MÍNIMA SOBRE EL TOTAL

Además de normativa vasca que acabamos de citar, son numerosas las Comunidades Autónomas y Administraciones Públicas en general, que no solo han transformado de potestativa en obligatoria (del podrán al deberán) la figura del contrato reservado, sino que además han establecido su aplicación a través de una cuantía mínima anual o un porcentaje del total presupuestario. Veamos algunos ejemplos:

- La **Comunidad Foral de Navarra**, es la única con legislación propia de contratos públicos, y precisamente se modificó su ley de contratos (a través de la Ley Foral 13/2009, de 9 de diciembre), transformando de potestativa en obligatoria la figura del contrato reservado, y estableciendo como obligatoria una reserva mínima del 6% del total de contratos públicos para ser adjudicados a través de los mismos. Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra:

Artículo 9. Reserva de contratos a entidades de carácter social.

3. El importe de los contratos reservados será de un 6 por 100 como mínimo del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior.

- La Administración Pública pionera en España fue la **Comunidad Autónoma de Cataluña**, que estableció -¡ya en el año 2004!- este sistema con carácter preceptivo, pues todos los departamentos, organismos autónomos y empresas públicas de la Generalitat están obligados a su aplicación. En el ejercicio 2011, el importe de contratos públicos adjudicados a través del contrato reservado superó los diez millones de euros. La cuantía se determina anualmente en las bases de ejecución presupuestaria- y está regulado en el artículo 35 de la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas y sus respectivas modificaciones, cuyo artículo sexto refiere:

6. El Gobierno debe fijar, al inicio de cada ejercicio, la cuantía económica de la reserva social que debe aplicar cada departamento, incluyendo los organismos o empresas públicas vinculadas o dependientes. **El importe fijado no debe superar el 20% del importe contratado en el ejercicio anterior** mediante contratos menores o procedimientos negociados por razón de la cuantía en los contratos que tienen por objeto las prestaciones a que se refiere el primer inciso del apartado 2.

- También las administraciones locales se han dotado de marcos generales obligatorios para la aplicación de los contratos reservados y estableciendo importes mínimos. Es el caso en la CAV de la **“Instrucción para la incorporación de cláusulas sociales en la Contratación del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz”**, aprobada en Junta de Gobierno del 18/07/2010, cuya parte específica referida a la cuantía dice lo siguiente:

*La cuantía económica de la reserva se fijará anualmente por la Concejalía Delegada del Área de Hacienda y Economía a la vista de los informes de gestión correspondientes al año precedente. **Se señala como objetivo anual el porcentaje del 3 % sobre la cifra global de contratación del ejercicio.***

- Otros Ayuntamientos, como el de Salamanca, establecen anualmente en sus presupuestos un importe determinado del total de sus contratos públicos para ser adjudicados mediante contratos reservados. En el año 2010 la cuantía superó los dos millones de euros.
- Más relevante es el **Ayuntamiento de Barcelona**, cuyo Consejo Plenario de 19 de diciembre de 2008, aprobó el acuerdo sobre “Contratación responsable: nuevo impulso de la contratación social y ambiental” con el objetivo de fortalecer la responsabilidad social y orientar la contratación municipal como instrumento de lucha contra el paro en los colectivos socialmente más vulnerables. Una de sus apuestas es por aplicar los contratos reservados, **cuyo balance acumulado de los dos primeros años de despliegue de la Reserva Social ofrece un volumen global de contratación a través de contratos reservados de 10.946.182 euros**. El cálculo de empleo de inserción generado a través de la reserva social, se estima en 630 puestos de trabajo (280 en 2009; y 350 en 2010).

TIPOLOGÍA DE ENTIDADES BENEFICIARIAS

La D.A. 7ª LCSP cita a los Centros Especiales de Empleo y programas de empleo protegido, pero no se refiere a las entidades sin ánimo de lucro; en consecuencia cabe preguntarse si otra tipología de entidades diferentes pueden resultar beneficiarias de la figura del Contrato o Concierto Reservado, además lógicamente de los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción.

- Al respecto, la **Directiva Comunitaria justifica en su Considerando 28 la importancia del empleo y especialmente el beneficio que producen determinadas empresas (genéricamente empresas y talleres protegidos), agregando las dificultades que tienen de competir en el mercado y la necesidad de que las Administraciones Públicas les reserven un porcentaje de los contratos públicos.**
- A su vez, la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las posibilidades de incorporar criterios sociales en los contratos públicos (COM(2001) 566 final, de 15 de octubre de 2001) **se refiere a una reserva general para personas desempleadas**, sin especificar un tipo u otro de empresas protegidas, y explicitando el principio de no discriminación a empresas de los países miembros de la UE.
- Del mismo modo, la publicación “Adquisiciones Sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”. SEC(2010) 1258 final, editada por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea, insiste en la motivación de la reserva de mercado, argumentación literal que resulta plenamente aplicable a las entidades sin

ánimo de lucro y más si cabe, a su preferencia en la concertación de servicios sociales de responsabilidad pública:

La explicación es que «los talleres protegidos y los programas de empleo protegido contribuyen de forma efectiva hacia la integración o reintegración de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, tales talleres podrían no ser capaces de obtener contratos en condiciones de competencia normales». En consecuencia, es apropiado admitir que los Estados miembros concedan preferencias para permitir la existencia de dichos talleres sin necesidad de competir con otros operadores económicos.

Lógicamente la Directiva Comunitaria no puede concretar las figuras jurídicas específicas que cada estado miembro dispone como “empleo protegido”, por lo que cabría interpretar la la D.A. 7ª LCSP conforme a la D.A. 6ª.3, donde sí se establece una referencia expresa a las entidades no lucrativas:

En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial.

Por cierto, en el caso de la D.A.6ª.3. LCSP, sí que se produce un cambio de redacción respecto a la D.A. 4ª.4. del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que entra en vigor el 16 de diciembre de 2011 y deroga la LCSP:

4. En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes.

Adviértase la adición de la última frase, mediante la cual el órgano de contratación podrá requerir a las entidades sociales la descomposición del precio ofertado en función de sus costes. El sentido de dicho requerimiento en cuanto a la descomposición del precio ofertado podemos relacionarlo con el artículo 65 de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales, por cuanto establece la prioridad para la entidades sin ánimo de lucro cuando “existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes”.

Volviendo a la cuestión, resulta trascendente aclarar que al referirnos al conjunto de la contratación pública, la prestación de servicios sociales resulta una parte muy poco apreciable del importe presupuestario global. Sin embargo en la propuesta que estamos abordando -el desarrollo de una Ley de Servicios Sociales-, el 100% de los conciertos coinciden con el supuesto de la D.A.6ª.3. (prestaciones de carácter social o asistencial) y su aplicación siempre y en todo caso se plantea para las entidades descritas en la citada disposición de la LCSP (entidades sin ánimo de lucro). En consecuencia parece lógico aplicar la analogía interpretativa:

- Por un lado, debido al paralelismo de las Disposiciones Adicionales Sexta y Séptima de la LCSP con el Decreto de Desarrollo de la Ley de Servicios Sociales, que establece precisamente medidas de discriminación positiva y señala el principio de preferencia en la concertación pública de las entidades sin ánimo de lucro.

- La similitud se produce igualmente entre las entidades sin ánimo de lucro (descritas en la D.A.6ª) con las Empresas de Inserción y los Centros Especiales de Empleo (señalados en la D.A. 7ª), puesto que en ambos casos, se trata de entidades expresamente regladas con normativa propia (Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación; Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre de Centros Especiales de Empleo; Ley 44/2007, de 13 de diciembre de Empresas de Inserción).
- Las cuatro figuras conforman las cuatro únicas tipologías jurídicas legales en España carentes de ánimo de lucro. Todas ellas deben estar constituidas debidamente y cuentan con registros específicos, es decir existe plena seguridad y absoluta garantía jurídica (sin perjuicio de que pueda desarrollarse y aplicarse a tal efecto la Declaración de Interés Social prevista en el artículo 74 de la Ley 12/2008).
- Por último, todas las entidades descritas, comparten como finalidad propia el beneficio social, el principio de solidaridad y la ausencia de ánimo de lucro, así como características organizativas y relacionales con el entorno, lo que otorga todo el sentido a la extensión por analogía.

Abundando en la legalidad de aplicar la reserva de ciertos para las entidades sin ánimo de lucro, podemos aludir al derecho comparado, en este caso, la regulación que conforme a la legislación nacional y comunitaria, han realizado diversas Comunidades Autónomas y Ayuntamientos. Obviamente se trata de normativa que ha venido precedida y acompañada de informes jurídicos favorables, lo que acredita la validez de la propuesta:

- En Cataluña, la reserva de contratos está regulada en la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas y sus respectivas modificaciones: art. 19 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas y art. 19 de la Ley 17/2007, de 21 de diciembre, de medidas fiscales y financieras. Y respecto a las entidades beneficiarias, se refiere a: “... **centros de inserción laboral de disminuidos, empresas de inserción sociolaboral reguladas por la Ley 27/2002, de 20 de diciembre, sobre medidas legislativas para regular las empresas de inserción sociolaboral, o a entidades sin afán de lucro que tengan como finalidad la integración laboral o social de personas con riesgo de exclusión social...**”.
- El Decreto 279/2004, de 17 diciembre, de la Comunidad de Valencia, regula medidas en los procedimientos de contratación administrativa para el fomento del empleo de las personas con discapacidad, y establece entre otras cuestiones la reserva de contratos: “*En los términos establecidos por el presente artículo, la administración de la Generalitat, sus entidades autónomas y las empresas de la Generalitat contempladas en la legislación pública valenciana deben reservar determinados contratos administrativos de obras, suministros o servicios a **centros especiales de empleo o centros que desarrollen programas de inserción laboral de personas con discapacidad y a entidades sin ánimo de lucro** que tengan por objeto la integración de personas con discapacidad, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por las normas del Estado y la Generalitat que les sean de aplicación y que su finalidad o su actividad, de acuerdo con sus normas reguladoras, Estatutos o reglas fundacionales, tenga relación directa con el objeto del contrato.*”
- En la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, establece en su artículo 116 la reserva de contratos a centros, entidades de carácter social y empresas, en los siguientes términos: “*Los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Organismos Autónomos deberán reservar un porcentaje de la adjudicación de contratos de suministros, consultoría y asistencia y de servicios a **centros especiales de empleo y a entidades sin ánimo de lucro** inscritas en los correspondientes registros oficiales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, siempre que la actividad de dichos centros y entidades tenga relación directa con el objeto del contrato*”.
- El Ayuntamiento de Vitoria en su “Instrucción para la incorporación de cláusulas sociales en la Contratación”, aprobada en Junta de Gobierno del 18/07/2010, señala respecto a las entidades

beneficiarias: “El Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz reservará anualmente la participación en el proceso de adjudicación de determinados contratos **a centros especiales de empleo, a empresas de inserción o a entidades sin ánimo de lucro**”.

- El Ayuntamiento de Avilés, en sesión celebrada el 16 de julio de 2009, aprobó la "Instrucción para la incorporación de cláusulas sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés", que fue publicada en el BOPA nº 273, de 25 de noviembre de 2009. Y establece que: “Se reservará la participación en la adjudicación de contratos públicos reservados **a Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción Sociolaboral, y Entidades sin ánimo de lucro** que tengan por objeto la integración laboral o social de personas en riesgo de exclusión social.”
- La Diputación de Castellón, por su parte, se ha dotado de una “Circular para la inclusión de criterios sociales en la contratación que realice la Excm. Diputación provincial y sus organismos autónomos”, y en cuanto a las entidades beneficiarias de la reserva señala a “**Centros Especiales de Trabajo, Empresas de Inserción u otras entidades sin ánimo de lucro** que tengan por objeto la integración laboral o social de personas en riesgo de exclusión social”.

PROCEDIMIENTOS E IMPORTES APLICABLES. CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA.

Como hemos visto en el apartado anterior, es unánime la interpretación de que otras entidades, distintas a los Centros Especiales de Empleo y los talleres protegidos, sean beneficiarias de los contratos o conciertos reservados. Absolutamente todas las Administraciones Públicas en España que han desarrollado y regulado dicha figura así lo prevén para Empresas de Inserción y/u otras entidades, siempre eso sí, entidades sin ánimo de lucro.

Prueba de ello, son las leyes, acuerdos, instrucciones o circulares que han aprobado la Comunidad Autónoma Vasca, y las de Navarra, Cataluña, Aragón, Valencia y Andalucía. Al igual que Ayuntamientos como Vitoria, Barcelona, Pamplona, Irún, Getxo, Avilés, Paterna, Salamanca, Jaén, la Ciudad Autónoma de Ceuta, la Diputación de Castellón, el Consejo Insular de Mallorca, o la empresa pública Lan Ekintza S.L. (Ayuntamiento de Bilbao).

No obstante, cabe advertir que en los casos citados -salvo excepciones- la aplicación de la figura del contrato reservado a los Centros Especiales de Empleo se realiza sin ninguna restricción en cuanto al procedimiento o el importe de adjudicación, mientras que en el caso de otras entidades de carácter social se establecen límites, ciñendo dicha reserva a los contratos menores y procedimientos negociados sin publicidad. La explicación es simple: se trata de contratos por debajo de los umbrales de aplicación comunitaria, y la Administración del Estado también asumió esta posibilidad desde los anteproyectos y los debates parlamentarios que desembocaron en la aprobación de la LCSP, siendo un recurso habitual que para el caso de las entidades sin ánimo de lucro se restrinja el contrato reservado a los contratos menores y el procedimiento negociado sin publicidad.

Según el artículo 122.3. de la LCSP se consideran contratos menores aquellos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, y a 18.000 euros para otros contratos (servicios, suministros, asistencia técnica). Y conforme al Artículo 161 de la LCSP, procede el procedimiento negociado sin publicidad cuando el importe sea inferior a 200.000 euros, si se trata de contratos de obras, o inferior a 60.000 euros para el resto de contratos.

En realidad, en el caso de utilizar el contrato menor y el procedimiento negociado ni siquiera sería necesario aplicar la figura del contrato reservado para admitir la participación solamente de entidades sin ánimo de lucro, puesto que por su propia definición se trata de procedimientos abreviados, en los cuales el órgano de contratación podría decidir a qué empresas invita a presentar sus propuestas y hacerlo en exclusiva a esta tipología de entidades.

Pero retomando el tema que nos ocupa, la cuestión consiste en dilucidar a qué tipo de procedimientos y en qué cuantías es posible aplicar la reserva de conciertos para entidades sin ánimo de lucro y cuál es la base jurídica que lo ampara.

La explicación la encontramos en los umbrales de aplicación de la legislación contractual comunitaria (artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE), ya que ésta se aplica a los contratos públicos cuyo importe es igual o superior al mínimo fijado y deja a los Estados miembros la facultad de decidir si los contratos públicos no contemplados en las Directivas pueden perseguir objetivos que no sean el de la «mejor relación calidad-precio», al que apuntan las Directivas sobre contratación pública.

Acudimos a la legislación nacional como la comunitaria indican respecto a los umbrales de aplicación de las Directivas Comunitarias, es decir sobre los “contratos sujetos a regulación armonizada”.

La Ley de Contratos del Sector Público señala en su Exposición de Motivos (IV.2.):

2. Como medio para identificar el ámbito normativo supeditado a las prescripciones de las directivas comunitarias se ha acuñado la categoría legal de “contratos sujetos a regulación armonizada”, que define los negocios que, por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su cuantía, se encuentran sometidos a las directrices europeas. La positivación de esta categoría tiene por finalidad permitir la modulación de la aplicabilidad de las disposiciones comunitarias a los distintos contratos del sector público, restringiéndola, cuando así se estime conveniente, solo a los casos estrictamente exigidos por ellas. Por exclusión, utilizándolo de forma negativa, el concepto también sirve para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico.

Reproducimos este último párrafo en negrita, ya que por sí mismo contiene toda la argumentación que este informe precisa para afirmar con rotundidad tanto la validez de la reserva de conciertos como su aplicación a entidades sin ánimo de lucro, demostrando así que colisionan en absoluto con la normativa comunitaria por tratarse de contratos no sujetos a regulación armonizada, puesto que, como es este el caso “el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico”.

Recordemos dichos límites o umbrales, señalados en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios:

Artículo 7. Importes de los umbrales de los contratos públicos.

La presente Directiva se aplicará a los contratos públicos que no estén excluidos en virtud de las excepciones previstas en los artículos 10 y 11 y en los artículos 12 a 18 y cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:

a) 162 000 EUR, respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios distintos de los contemplados en el tercer guión de la letra b) adjudicados por los poderes adjudicadores que sean una de las autoridades gubernamentales centrales que figuran en el anexo IV; por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por dichos poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, la presente disposición sólo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo V;

b) 249 000 EUR

— respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores distintos de los contemplados en el anexo IV;

— respecto de los contratos públicos de suministro adjudicados por los poderes adjudicadores mencionados en el anexo IV y que operen en el sector de la defensa, cuando dichos contratos tengan por objeto productos distintos de los contemplados en el anexo V;

— respecto de los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador y que tengan por objeto servicios de la categoría 8 del anexo II A, servicios de telecomunicaciones de la

categoría 5 cuyas posiciones en el CPV sean equivalentes a los números de referencia CPC 7524, 7525 y 7526 y/o servicios que figuren en el anexo II B.

c) 6 242 000 EUR, respecto de los contratos públicos de obras.

Aunque la LCSP rebaja el importe de la Directiva:

Artículo 16. Contratos de servicios sujetos a una regulación armonizada: umbral.

1. Están sujetos a regulación armonizada los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades:

a) 137.000 euros, cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto para ciertos contratos de la categoría 5 y para los contratos de la categoría 8 del Anexo II en la letra b) de este artículo.

b) 211.000 euros, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público distintos a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, o cuando, aun siendo adjudicados por estos sujetos, se trate de contratos de la categoría 5 consistentes en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, servicios de conexión o servicios integrados de telecomunicaciones, o contratos de la categoría 8, según se definen estas categorías en el Anexo II.

La primera conclusión es que por debajo de dichos umbrales económicos, no se aplican las Directivas Comunitarias. Y la jurisprudencia europea es unánime al respecto, sirva citar a modo de ejemplo la Sentencia del TJCE 258/06, de 20 de mayo de 2010:

73. A este respecto, procede señalar que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las Directivas comunitarias sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se aplican únicamente a aquellos contratos cuyo valor sobrepase un determinado umbral previsto expresamente en cada una de ellas. Por tanto, las normas de esas Directivas no se aplican a los contratos cuyo importe no alcanza el umbral fijado en ellas.

En la interpretación más estricta de los artículos anteriores diremos que los conciertos o contratos de servicios sociales por importe inferior a 211.000 euros no están sujetos a regulación armonizada, dicho importe lo eleva la Directiva 2004/18/CE hasta 249.000 euros. Pero también sería factible concluir que al tratarse de servicios sociales (Categoría 25 del Anexo II) u otros servicios (Categoría 27 del Anexo II, como por ejemplo: 91330000-6, Servicios prestados por asociaciones de carácter social) en ningún caso y para cualquier importe estarán dichos contratos o conciertos excluidos de la regulación armonizada comunitaria.

Esta argumentación basada en los umbrales de armonización comunitaria no es ni mucho menos propia, sino que es la propia Comisión Europea, quien la refrenda en su “Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública”. (2006/C179/02). De la misma extraemos los siguiente párrafos:

- *«Aunque algunos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias que regulan los contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado».*
- *“A este respecto, el TJCE ha declarado que, en determinados casos, debido a «circunstancias específicas, como la escasa trascendencia económica», una adjudicación de contrato carecerá de interés para los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros”.*
- ***«Corresponde a cada entidad adjudicadora decidir si la adjudicación de contrato prevista encierra potencialmente interés para los operadores económicos de otros Estados miembros. La Comisión estima que esta decisión deberá basarse en una evaluación de las circunstancias específicas del caso, tales como el objeto del contrato, su cuantía estimada, las características particulares del***

sector (tamaño y estructura del mercado, prácticas comerciales, etc.), así como el lugar geográfico de ejecución del contrato. Si la entidad adjudicadora llega a la conclusión de que el contrato reviste importancia para el mercado interior, deberá adjudicarlo con arreglo a las normas básicas que se derivan del Derecho comunitario.»

La jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado en idéntico sentido: los estados miembros y por extensión las autoridades competentes regionales o locales pueden regular en materia de contratos públicos (o conciertos, en este caso) por debajo de los umbrales señalados (Sentencia TJCE Comisión/Italia, C-412/04, de 2 de febrero, apartado 65). En consecuencia y para los casos e importes citados, la normativa comunitaria admite que los estados miembros desarrollen sus respectivas legislaciones en aquellos contratos por debajo de las cuantías señaladas en el artículo 7 de la Directiva.

No obstante, volvemos al principio de legalidad, y ciertamente no todo vale, pues según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la adjudicación de aquellos contratos que habida cuenta de su valor, no están sometidos a los procedimientos previstos por las normas comunitarias, las entidades adjudicadoras están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado, como por el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél (véanse, en este sentido, la sentencia del asunto Vestergaard, [TJCE2001, 380], apartados 19, 20, 21; o las sentencia de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, apartados 16 y 17; y la sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, apartados 46 a 48). En parecido sentido, se refiere al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad la sentencia de 7 de diciembre de 2000, asunto Telaustria y Telefonadress (C-324/98 [TJCE 2000, 321]).

Destacamos que por debajo de los umbrales armonizados de aplicación comunitaria es plenamente factible establecer una reserva de conciertos, más si cabe por la existencia de una legislación propia y por el hecho de que se respetan plenamente los principios comunitarios: existe igualdad de trato entre las entidades que reúnen las mismas características, no se discrimina por razón de la nacionalidad, y se cumple plenamente el principio de transparencia mediante la oportuna publicidad de las convocatorias de conciertos.

Un antecedente comunitario perfectamente aplicable al caso, lo proporciona el «*Priority Suppliers Scheme*» (régimen de proveedores prioritarios), que se aplicó en Gran Bretaña para fomentar el empleo de las personas discapacitadas a través de la adjudicación de suministros. A través de dicho sistema, las empresas que contaban con personas con discapacidad en su plantilla se inscribían en un registro específico y se les permitía presentar una segunda propuesta que igualase a la mejor oferta, pudiendo así resultar adjudicatarias del contrato. El régimen se sustituyó, en noviembre de 1994, por el «*Special Contract Arrangement*» (acuerdo de contrato especial), que se aplicaba a todas las empresas de la Unión Europea y limitaba su aplicación a los contratos de menor importe. De hecho, la “Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea (COM 566 final) sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos” hace referencia expresa al «*special contract arrangement*», indicando su conformidad a la normativa comunitaria precisamente por tratarse de contratos con importe inferior a los umbrales previstos en el artículo 7 de la Directiva Comunitaria 2004/18/CE, por debajo de los cuales los estados miembros deben cumplir los principios generales de los contratos públicos, pero pueden obviar la relativa a la preparación y ejecución de los mismos.

Nos referiremos por último a dos normativas autonómicas: de forma breve, cabe señalar que la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra no distingue ni limite de cuantía ni procedimiento de adjudicación para la reserva de contratos a las Empresas de Inserción.

Pero es la Comunidad Autónoma de Aragón, la que nos ofrece la argumentación definitiva y fundamentada a esta cuestión. En el artículo 7.4. de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, se refiere a reservas sociales de contratos, y establece el concepto jurídico adecuado y determinado: *“En el caso de las empresas de inserción, la reserva únicamente se efectuará sobre contratos no sujetos a regulación armonizada, exceptuando los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de cuantía superior a 193.000 euros o a la que resulte de aplicación por la normativa comunitaria”*.

Y dicha norma se basó precisamente en el “Informe 17/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón”, que establece la misma conclusión siempre que se trate de contratos por debajo de los umbrales de aplicación comunitaria. Destacamos alguna de sus consideraciones jurídicas y su conclusión:

La contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país políticas públicas”

Como decíamos en el apartado II de este Informe, los criterios sociales están admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias dado que la contratación pública no es un fin en si misma sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, medio ambiente, integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TCE (art. 2), como bien ha recordado la Comisión Europea en su Comunicación de 15 de octubre de 2001. Así se entiende la previsión del artículo 19 la Directiva 2004/18, de permitir la existencia de contratos reservados a favor de entidades de carácter social por la que se limitaría a éstas la posibilidad de participar o se permitiría reservar su ejecución a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido.

“De lo expuesto se deduce que nada impide que la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante norma con rango legal, reserve determinados contratos, en el ámbito de los servicios sociales, a instituciones de iniciativa social siempre que la finalidad sea una mejor prestación de los fines públicos y se articule una adecuada concurrencia entre estas entidades de iniciativa social. En todo caso, parece aconsejable que, de regularse esta modalidad se prevea que el importe de los contratos no supere determinado umbral a efectos de evitar una indeseable distorsión de la competencia”.

CONCLUSIONES

1. La normativa de contratos públicos establece la posibilidad de reservar determinados contratos a entidades protegidas. Considerando dicha posibilidad general para el conjunto de la contratación pública resulta del todo lógico que dicha reserva se aplique de forma especial y sistemática en la adjudicación de prestaciones relacionadas con servicios sociales.
2. La reserva de ciertos para entidades sin ánimo de lucro que se plantea en la propuesta es plenamente ajustada a la normativa de contratos públicos, pues dicha reserva se realiza amparada en legislación propia y por debajo de los umbrales económicos de regulación armonizada comunitaria.

3. En consecuencia y de conformidad -entre otros- con el “Informe 17/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón”, podrá reservarse la adjudicación de conciertos para entidades sin ánimo de lucro cuando el importe del concierto no supere los 211.000 euros, aunque se plantea asimismo la posibilidad de superar dicho importe si se encuadra la prestación en servicios sociales (Categoría 25 del Anexo II) u otros servicios (Categoría 27 del Anexo II, como por ejemplo: 91330000-6, Servicios prestados por asociaciones de carácter social).

4. Cabe advertir que en todo caso se salvaguardan los principios de las directivas comunitarias y de forma muy especial la no discriminación de los licitadores, garantizando plenamente la igualdad de acceso para los operadores económicos de todos los Estados Miembros, al igual que la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.

3. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE CARÁCTER SOCIAL

PROPUESTA DE SUPRESIÓN Y MODIFICACIÓN.

Se propone suprimir como tal el artículo 17 (Medidas de discriminación positiva) del borrador actual del Decreto, puesto que el criterio de preferencia que establece es indeterminado e ineficaz, siendo incorporado parte de su contenido al artículo 22 (Criterios comunes de valoración de las propuestas), es decir, encuadrándolo debidamente como criterios de valoración, con el mismo rango y obligatoriedad con los que figuran los criterios técnicos.

Su contenido contempla las características de las entidades sin ánimo de lucro, y en consecuencia establece una acción positiva y efectiva en su acceso a la concertación pública.

Artículo 22.4.b). Criterios sociales de valoración de las ofertas.

1. Conforme al artículo 134 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, en la redacción de las convocatorias de conciertos se incluirán preceptivamente criterios sociales de valoración de las ofertas, que tendrán una ponderación mínima del 15% y máxima del 35% sobre el total del baremo.
2. Para ello se valorarán las propuestas técnicas de las entidades concurrentes, que relacionadas con el objeto del concierto supongan para la administración pública concertante una oferta más ventajosa. A tal efecto, se podrán incluir en la convocatoria alguna o algunas de las siguientes cláusulas u otras semejantes:
 - ✕① Compromiso de destinar los resultados económicos a la mejora continua de los servicios, centros o actividades objeto del concierto: descripción de actuaciones que la entidad se compromete a desarrollar con fondos propios en el marco de la ejecución del concierto y compromiso de carecer de ánimo de lucro.
 - et① Agregar valor a la acción concertada a través de metodologías de cooperación y de participación con el órgano concertante, con profesionales, usuarios/as, entidades, redes de trabajo, voluntarios/as, redes informales de apoyo, o con otros sistemas (socio sanitario, sociolaboral, sociohabitacional, socioeducativo, sociojudicial, sociocultural) en el diseño, mejora, ejecución y/o evaluación de la actividad, como mediante su interacción con actuaciones incluidas en el Catálogo de Prestaciones y Servicios.
 - &① Compromiso de aportar mejoras para el servicio o centro a concertar de los ratios de personal establecidos en la Cartera de Prestaciones y Servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales. Así como el compromiso de aplicar mejoras concretas y detalladas sobre condiciones laborales del personal que prestará la actividad, siempre que superen lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores/as o en el Convenio Colectivo del sector de legal aplicación.
 - ① Compromiso de transferencia de la actividad concertada: acciones detalladas de formación, información y sensibilización, tales como publicaciones, conferencias, estudios o comunicaciones, que la entidad se compromete a realizar durante la ejecución de la prestación en relación con el contenido y las conclusiones del mismo.
 - ① Promover la integración en el medio comunitario, y adaptación del contenido de la actividad al territorio, la identidad local y sociocultural y las características

sociales, en especial de colectivos desfavorecidos.

- ① Aplicación al concierto de políticas de igualdad entre mujeres y hombres (contratación, puestos de responsabilidad, conciliación, Plan de Igualdad, formación, atención, evaluación, etc.), que mejoren los mínimos establecidos en la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, aprobada por el Parlamento Vasco; y en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres.
- ① Compromiso de la empresa adjudicataria de emplear en la plantilla que preste el concierto al menos a un 5% de personas con discapacidad igual o superior al 33%, y/o al menos a un 30% de personas en situación o riesgo de exclusión social (conforme a los perfiles descritos en el Decreto 182/2008, de 11 de noviembre).
- ① Compromiso de la entidad concertada de subcontratar al menos un 10% del presupuesto del concierto con Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción, o entidades sin ánimo de lucro, lo que se acreditará mediante contrato mercantil.

LEGISLACIÓN

La normativa nacional de contratos públicos se refiere expresamente a los criterios de adjudicación de carácter social en el artículo 134 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, lo que supone otra de las novedades específicas relacionadas con la incorporación de cláusulas sociales (idéntica redacción en el artículo 150 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y se deroga la LCSP):

Artículo 134. Criterios de valoración de las ofertas.

*Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, **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**, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.*

Además, en la Exposición de Motivos de la LCSP, en su fundamento IV.3 se indica no solo que la incorporación de criterios sociales supone una de “las principales novedades” de la ley, lo que ya les otorga una considerable importancia, sino que además indica que “permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato, o como criterios para valorar las ofertas”, lo que supone de nuevo un reconocimiento expreso de la validez de los criterios sociales de adjudicación:

*3. Incorporando en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva 2004/18/CE, la Ley de Contratos del Sector Público incluye sustanciales innovaciones en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los negocios sujetos a la misma. **Sintéticamente expuestas, las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato 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 subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo [2005/2245 (INI)]...

De forma paradójica existen interpretaciones u opiniones doctrinales en el sentido de afirmar que la normativa europea de contratos públicos no admite los criterios sociales a la hora de valorar las ofertas. Pero esta afirmación es incorrecta, ya que el considerando 1 de la Directiva 2004/18/CE afirma que:

“la presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular, la relativa a los criterios de adjudicación que clarifica las posibilidades con que cuentan las entidades adjudicadoras 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 a la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2”.

Y el Considerando 46: ***“A fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva. Si se reúnen estas condiciones, determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos, como los que se refieren al cumplimiento de las exigencias medioambientales, podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se definieron en las especificaciones del contrato. En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por 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”.***

La redacción del Considerando 46 nos resulta familiar, y no en vano aparece reproducida casi literalmente en el artículo 134 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Por tanto, es cierto que la Directiva Comunitaria no se refiere en su articulado a la posibilidad de incorporar criterios sociales de adjudicación sino en los considerandos. Pero esta ambigüedad se debe a que en los debates y propuestas previas a la aprobación de la Directiva 2004/18/CE no hubo unanimidad entre los estados miembros a la hora de incorporar -o excluir- los criterios de valoración de carácter social. Y la fórmula que en estos casos resulta habitual en el Parlamento y el Consejo Europeo, consiste en no incorporar en el articulado un texto no consensuado, pero sí referirlo en la exposición de motivos o en el preámbulo, dando cobertura a los estados que sí estimen conveniente el incluirlos o desarrollarlos en sus respectivas legislaciones. Es lo que hizo precisamente el Estado Español a través de su poder legislativo.

Además, como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos antes citada *“se acoge in reservas las directrices de la Directiva 2004/18/CE”* por lo que sería ilógico que existiera colisión con lo que ésta señala para los criterios de adjudicación. Incluso, recordamos que la incorporación de criterios sociales supone una de las principales novedades de la ley, cabiendo suponer que no les otorga un carácter residual, y por último refiere expresamente que se permite introducir en la contratación pública consideraciones sociales para valorar las ofertas.

En consecuencia cabe afirmar la compatibilidad de los criterios sociales de adjudicación con la Directiva 2004/18/CE y su validez legal, en consonancia con el artículo 134 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

"La Administración no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más

favorable al interés público". Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1997.

JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Puesto que la Directiva Comunitaria 2004/18/CE señala literalmente en su Considerando Primero que *“está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular, la relativa a los criterios de adjudicación”*, merece la pena referir con brevedad algunas de las sentencias más significativas del ámbito comunitario y que han terminado configurándose como fuente del derecho:

- La Sentencia Gebroeders Beentjes BV de 20 de septiembre de 1988 (asunto 31/87), al tratar la contratación de desempleados de larga duración, acepta criterios de adjudicación diferentes al precio siempre que sean objetivos, no resulten discriminatorios y hayan sido anunciados previamente. El criterio de "la oferta más ventajosa" puede ser compatible con la directiva si expresa la facultad de apreciación reconocida a los poderes adjudicadores para identificar la oferta más ventajosa económicamente en función de criterios objetivos y si, por tanto, no implica ningún elemento arbitrario de selección.
- La Sentencia Nord-Pas-de-Calais (asunto C-225/98), sobre construcción de comedores escolares, señala que la Directiva obliga a adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa pero no impide utilizar como criterios de adjudicación aspectos no directamente económicos, siempre que se hayan anunciado previamente y no resulten discriminatorios. La sentencia concluye en el punto 54 que *“Procede desestimar el motivo de la Comisión basado en el criterio de adjudicación adicional relacionado con la lucha contra el desempleo”*. Por cierto, que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ha referido a esta interpretación en su sentencia 606/2003, fallando que *“de dicha sentencia se desprende claramente que un criterio relacionado con la lucha contra el desempleo puede establecerse como criterio de adjudicación y no exclusivamente como criterio de selección de empresas”*.
- En la Sentencia Concordia Bus de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-513/99), referida a los criterios ambientales en la contratación de autobuses se citan y reiteran los requisitos de Beentjes, añadiendo que los criterios sociales *“deben estar también relacionados con el objeto del contrato”*.
- En la Sentencia EVN Wienstrom de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01) se indica que las normas comunitarias no se oponen a que una entidad adjudicadora establezca en la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro a partir de fuentes de energía renovables, siempre que esté relacionado con el objeto del contrato, no confiera a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencione expresamente en el pliego y respete todos los principios de Derecho comunitario.

REFERENCIAS AUTONÓMICAS

- En la Comunidad Autónoma Vasca, el **“Acuerdo del Consejo de Gobierno, sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la administración de la comunidad autónoma y de su sector público”**, en su capítulo VII.1 sobre los Criterios de Adjudicación de carácter social, señala:

“2.– En el caso de que las prestaciones objeto del contrato tengan como beneficiarias o usuarias a categorías de población especialmente desfavorecidas, se incluirán como criterio de adjudicación las características vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de dichas categorías de población”.

- En el caso de la Comunidad Foral de Navarra, el artículo 51 de la **Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos de Navarra**, relativo a los criterios de adjudicación del contrato, establece con todo detalle temático la posibilidad de incluir (incluso la redacción es en imperativo) criterios de adjudicación de carácter social:

“c) También previa la definición en los pliegos de cláusulas administrativas, y con la finalidad de satisfacer las necesidades de categorías de población especialmente desfavorecida que figuren como usuarias o beneficiarias de las prestaciones a contratar, se incorporarán criterios que respondan a dichas necesidades, tales como los dirigidos a las personas discapacitadas, las desfavorecidas del mercado laboral, las precarizadas laboralmente, las dirigidas a favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, al cumplimiento de las Convenciones de la OIT, o a garantizar los criterios de accesibilidad y diseño universal para todas las personas”.

- La **“Instrucción para la incorporación de cláusulas relacionadas con la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en los contratos y subvenciones en el ámbito de actuación de la Diputación Foral de Gipuzkoa”**, aprobado por el Consejo de Diputados de la Excma. Diputación Foral de Gipuzkoa el 21 de junio de 2011, rige para todos sus contratos públicos y en su apartado II recoge los criterios de adjudicación:

1. Conforme al artículo 134 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, los órganos de contratación de la Diputación Foral de Gipuzkoa y sus organismos públicos, en la redacción de los pliegos de cláusulas administrativas de los contratos públicos, incluirán un criterio de adjudicación relativo a la integración de la perspectiva de género en la oferta presentada y que tendrá una ponderación entre el 5% y el 15% sobre el total del baremo, pudiéndose incluir en dichos pliegos alguna o algunas de las siguientes cláusulas administrativas, u otras de carácter similar:

- *El número y porcentaje previsto de mujeres beneficiarias o usuarias del contrato.*
- *El número y porcentaje de mujeres que empleará laboralmente la persona o entidad licitadora para ejecutar o prestar el contrato.*
- *El número y porcentaje de mujeres que se compromete a emplear laboralmente la persona o entidad licitadora en puestos de responsabilidad.*
- *El compromiso de presentar un informe de impacto de género con indicadores y datos desglosados por sexo de las personas beneficiarias o usuarias del contrato, así como de la plantilla que ejecutará el mismo, detallando el contenido de las medidas de igualdad aplicadas.*
- *El compromiso de la persona o entidad licitadora de aplicar acciones específicas relacionadas con la igualdad entre mujeres y hombres en la ejecución o prestación del contrato (formación, selección, atención, promoción, conciliación, representación, contribución al empoderamiento de las mujeres, atención a las peculiaridades sociales, psicológicas o fisiológicas de las mujeres, etc).*
- *El compromiso de diseñar y aplicar un Plan para la Igualdad de mujeres y hombres específico en el marco de ejecución del contrato, y que detalle sus políticas de igualdad en cuanto al acceso al empleo, clasificación profesional, calidad y estabilidad laboral, duración y ordenación de la jornada laboral, u otras.*
- *El compromiso de realizar acciones de prevención de riesgos laborales y salud laboral con perspectiva de género y adaptadas a las diferencias de sexo.*
- *La realización de acciones de sensibilización y formación con la plantilla que ejecutará el contrato acerca de los derechos en materia de igualdad, y de conciliación recogidos en la normativa vigente y el convenio de empresa o convenio colectivo del sector correspondiente.*

2. Todos los compromisos adquiridos por la persona o entidad licitadora o en materia de

igualdad de mujeres y hombres deberán ser debidamente acreditados en el marco de ejecución del contrato y se consideran obligaciones contractuales de carácter esencial, por lo que su incumplimiento podrá suponer la imposición de penalidades económicas y pudiera dar lugar a resolver el contrato por incumplimiento culpable conforme al artículo 206.g) de la LCSP.

- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se pronunció sobre el Decreto 213/1998 de 17 de diciembre de la Comunidad Autónoma de Madrid, para apoyar la estabilidad y la calidad del empleo de 30 de julio de 1997, y consideró admisible como criterio de adjudicación la estabilidad en el empleo:

“Pues bien, del examen del Decreto impugnado se desprende que por este, no se establece una nueva condición limitativa para la contratación; ello no tiene lugar por una parte por la normativa relativa a los criterios objetivos de adjudicación en relación con el empleo establecidos en el art. 2 del Decreto puesto que la misma no establece sino unos criterios que han de incluirse en los Pliegos de Cláusulas administrativas particulares que pueden o no ser cumplidos por las empresas concurrentes a la adjudicación del contrato, pero que no prohíben ni limitan tal concurrencia con independencia de que su cumplimiento pueda alcanzar una determinada ponderación (20%), del total de la baremación sin que por otra parte tales criterios requieran siempre una valoración de los trabajadores con contrato indefinido de la empresa y así acontece con los criterios previstos en los apartados”.

- Destacamos el pronunciamiento del Consejo Económico y Social (CES) aprobando en su sesión ordinaria de 27 de mayo el Dictamen 5/1998 en relación con el Anteproyecto de Ley por el que se modificó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, admitiendo la posibilidad de incluir cláusulas sociales que pudieran ser valoradas junto con el resto en el propio pliego. El Dictamen se refería al artículo 87 de la Ley 13/1995, relativo a los criterios para la adjudicación y el concurso, y debido a su relevancia e interés con el análisis que nos concierne, lo reproducimos de manera íntegra:

“Los criterios con arreglo a los cuales se verifica la adjudicación del contrato con la Administración no han de limitarse a una mera consideración presupuestaria, sino que han de venir integrados con el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos. En concreto, fines como la promoción del empleo, de la seguridad y salud de los trabajadores, la estabilidad en el empleo, la contratación con empresas de economía social, o aspectos medio-ambientales son factores que han de poder ser manejados para evaluar la solvencia y calidad de las ofertas de contratación.

Ciertamente, la Ley no ha de imponer en todos los pliegos la consecución de tales factores, pero tampoco ha de ser un obstáculo para que en cada caso, y por cada Administración, se puedan configurar esos criterios a la hora de confeccionar los criterios de valoración del contratista. Si la creación de empleo es objetivo prioritario en la actuación de los poderes públicos, es claro que aquellas ofertas que supongan un mayor nivel de ocupación han de contar con la posibilidad de una valoración ponderada en los criterios de adjudicación del concurso.

Por todo ello, la enumeración de criterios que se lleva a cabo en el art. 87 de la Ley, como “Criterios para la adjudicación del concurso” habría de comprender una cláusula social, que pueda ser valorada junto con los demás criterios en el propio pliego: el número de puestos de trabajo en la actividad contratada, la adopción de medidas de seguridad en el trabajo, la condición de empresa de economía social, la adopción de medidas de protección del medio ambiente, y la acreditación de determinado nivel de contratación laboral estable en la obra o servicio contratado”.

- En la Comunidad Autónoma de Cataluña, cabe citar la **“Guía para la inclusión de cláusulas contractuales de carácter social”**, aprobada por unanimidad de la Junta Consultiva de

Contratación Administrativa del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalitat de Cataluña, con fecha 19 de marzo de 2010, que se refiere expresamente a las posibilidades de incorporar cláusulas sociales como criterios de adjudicación propone diferentes ejemplos:

"Se valorarán las nuevas contrataciones de personas entre colectivos con particulares dificultades de inserción en el mercado laboral que estén incluidos en alguno de los colectivos definidos en la Ley 27/2002, de 20 de diciembre, sobre medidas legislativas para regular las empresas de inserción sociolaboral, o personas que dispongan del certificado de discapacidad".

"Cuando proceda la subcontratación de alguna parte de la ejecución de este contrato, se valorará el compromiso de las empresas licitadoras de subcontratarla a centros especiales de trabajo o a empresas de inserción sociolaboral inscritos/as en los correspondientes registros del Departamento de Trabajo, y/o a entidades sin ánimo de lucro que trabajen para integrar personas con riesgo de exclusión social".

OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA

El artículo 134 de la LCSP referido a los criterios de adjudicación, señala expresamente que *"para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como..."*. Esta redacción textual sobre la "oferta económicamente más ventajosa" ha originado cierta controversia, puesto que un sector doctrinal mantiene que los criterios sociales de adjudicación contravienen la búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa para el órgano de contratación.

En todo caso, es preciso ampliar esta argumentación, no sólo desde el punto de vista del interés público, sino desde una visión objetiva y mensurable, ya la inclusión de criterios sociales no sólo no vulnera dicho requisito, sino que precisamente proporciona al órgano de contratación una oferta económicamente más ventajosa, en cuanto una oferta que implique la contratación de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión, implican una ventaja económica demostrable para el órgano adjudicador, la misma conclusión cabe decir sobre una oferta que no busque el ánimo de lucro, puesto que destinará todo el importe de adjudicación a la ejecución del contrato o concierto.

La Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las posibilidades de incorporar criterios sociales en los contratos públicos (COM(2001) 566 final, ya señalaba que *"Para determinar la oferta económicamente más ventajosa se pueden utilizar criterios que integren aspectos sociales, cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato"*.

Esta argumentación fue asumida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Evans Medical y Macfarlan Smith (C-324/93), y de forma más específica en el asunto C-513/99 (Concordia Bus), en el sentido de considerar económicamente más ventajosa una oferta que sea más ecológica:

54. Para determinar si la entidad adjudicadora puede, con arreglo al mencionado artículo 36, apartado 1, letra a), tomar en consideración criterios de naturaleza ecológica, y en su caso, en qué condiciones, debe observarse, en primer lugar que como se desprende claramente del tenor de dicha disposición y, en particular, del uso de la expresión "por ejemplo", los criterios que pueden adoptarse como criterios de adjudicación de un contrato público a la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo.

55. En segundo lugar, el referido artículo 35, no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser de naturaleza meramente económica. En efecto, no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora. Esta observación queda también corroborada por el propio tenor literal de esta disposición, que alude expresamente al criterio relativo a las características estéticas de una oferta.

69. Por consiguiente, habida cuenta de las consideraciones anteriores... debe interpretarse en el sentido

de que, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno, o el nivel de ruido de los autobuses ...

Finalmente, debe destacar el fundamento 46 del Tribunal:

46. En particular, la Ciudad de Helsinki y el gobierno finlandés señalan que redundaría en interés de ésta y en el de sus habitantes que las emanaciones nocivas se limiten lo más posible. En efecto, la propia Ciudad de Helsinki, a la que incumbe la protección del medio ambiente en su territorio, lograría de este modo una reducción directa del gasto en el sector médico-social, que representa alrededor del 50% de su presupuesto global. Considera que los factores que contribuyen, aunque sea modestamente, a mejorar la salud general de la población, permiten reducir dichas cargas rápidamente y en proporciones considerables”.

Esta argumentación es realmente interesante, en cuanto demuestra que la contratación pública debe formar parte de las políticas generales y en consecuencia utilizarse de forma transversal al servicio de la cohesión social y la sostenibilidad ambiental. Aplicado de forma directa, podemos afirmar que la incorporación de criterios sociales relacionados con la inserción sociolaboral de personas discapacitadas y/o en situación de exclusión social, supone una ventaja económica para el órgano de contratación:

- En cuanto reduce el el gasto público dedicado a las personas excluidas del mercado laboral: Rentas Mínimas de Inserción, subsidios de desempleo o prestaciones complementarias, así como gastos sanitarios u otros similares.
- Incide en la eficacia de los servicios públicos sociales y de empleo, por lo que disminuye la necesidad de algunos planes formativos o asistenciales, así como la cuantía dedicada a subvenciones u otras transferencias de capital.
- Produce por añadidura ingresos a las Haciendas Públicas, en cuanto estas personas cotizan a la Seguridad Social y declaran sus ingresos laborales (y no asistenciales) en el IRPF, además de su aportación productiva proporcional en cuanto al Impuesto sobre el Valor Añadido, Impuesto de Sociedades, IAE, etc.
- Facilita a través de la incorporación laboral el aumento de la tasa de la población activa, lo que favorece la economía nacional, la renta de las familias, el consumo y el Producto Interior Bruto.
- Para las personas y colectivos desfavorecidos les proporciona empleo, lo que significa subsistencia económica, autoestima, responsabilidad y dignidad, adquisición de hábitos y actitudes.
- Genera en las empresas entornos inclusivos, diversos y no excluyentes, lo que facilita las políticas y acciones relacionadas con la Responsabilidad Social de las Empresas.

La cuantificación de la ventaja económica que supone la contratación de personas con discapacidad y/o en riesgo de exclusión social, se ha realizado en diversas investigaciones:

- En el estudio titulado “Las empresas de Inserción: su acceso a la Contratación Pública”¹², se indica que una persona en situación de exclusión social supone a las distintas administraciones públicas un coste de 8.548 euros anuales. Sin embargo si se logra su inserción laboral desaparecen estos costes y se producen los ingresos antes referidos, por lo que el beneficio económico global por la generación de un empleo en una empresa de inserción es de 15.508 euros anuales.
- Similares datos ofrece Gizatea, la Asociación de Empresas de Inserción del País Vasco, o según sus palabras: “la inserción social tienen una rentabilidad no solo social sino también económica incuestionable”, puesto que la suma total de aportaciones de un trabajador se estima en 9.153 euros, mientras que esa misma persona desempleada y excluida socialmente recibiría ayudas y

¹² Domínguez Cascón, María; Ballesteros Ordoñez, María; Miguel Miguel, Gemma (Coodinadora). Promovido por la Fundación Lesmes y editado por la Universidad de Burgos en 2003.

- asistencia social por un importe de 12.000 euros anuales.
- En el ámbito de la discapacidad aborda esta cuestión desde unas cifras globales y no individuales el estudio “Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad. Formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral”¹³.

CONCLUSIONES

1. La normativa de contratos públicos establece la posibilidad de incorporar criterios de adjudicación de carácter social. Resultando pues factible con carácter general, con mayor abundamiento será no solo posible sino necesaria en el caso de la adjudicación de prestaciones relacionadas con servicios sociales, en las que las características sociales forman parte de la propia ejecución contractual.
2. En el caso de la concertación de servicios sociales, la inclusión de criterios sociales permite además la obtención de ofertas no solo más favorable al interés público sino económicamente más ventajosas para el órgano concertante o adjudicador.
3. La cuestión -en ocasiones problemática- de que los criterios sociales de valoración de las ofertas deban estar vinculados al objeto no se produce en los supuestos que abordamos, al tratarse de contratos o conciertos de objeto, naturaleza y contenido social por su propia definición.
4. En todo caso, los criterios propuestos son objetivos, de modo que no suponen para el poder adjudicador un poder incondicional de elección o un criterio de selección encubierto y respetan plenamente los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación, sin establecer ventajas para las empresas nacionales ni locales.
5. Por último los criterios de adjudicación, no suponen en absoluto una restricción de la competencia, puesto no limitan la participación y además cualquier empresa, con independencia de su tipología, objeto social o características previas podrá ser valorado sobre dichos conceptos o criterios a través de los compromisos planteados en su propuesta técnica.

¹³ Informe elaborado por Gregorio Rodríguez Cabrero, Carlos García Serrano y Luis Toharia (Universidad de Alcalá) en el marco del Programa Operativo de Lucha contra la Discriminación y cofinanciado por el Fondo Social Europeo.

4. CONDICIONES DE EJECUCIÓN

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

Se propone modificar el artículo 18 (Condiciones especiales de ejecución del concierto) del borrador del Decreto, para ampliar sus supuestos, diferenciando asimismo supuestos de inclusión obligatoria, y otros que podrán incorporarse cuando resulte adecuado a la naturaleza y características de la actividad concertada y la oferta disponible.

Artículo 18. Condiciones especiales de ejecución del concierto.

1. Conforme al artículo 102 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, en la redacción de las convocatorias de conciertos se incluirán preceptivamente las siguientes cláusulas referidas a las condiciones especiales de ejecución del contrato, lo que deberá advertirse en el anuncio de licitación.
 - a) Las entidades que cuenten con más de 50 trabajadores/as en el total de su plantilla deberán acreditar que está compuesta al menos por un 2% de personas con discapacidad igual o superior al 33%.
 - b) Las entidades concertadas deberán acreditar el cumplimiento de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, aprobada por el Parlamento Vasco; y en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres, especialmente en lo referido a medidas de conciliación entre vida personal, laboral y familiar, así como en lo establecido para el diseño y aplicación del Plan de Igualdad.
2. Asimismo, atendiendo al contenido de la actividad concertada, la Administración Pública concertante podrá incorporar alguna o algunas de las siguientes obligaciones para las entidades concertadas.
 - a) La entidad concertada deberá subcontratar al menos un 10% (variable) del presupuesto del concierto con Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción, o entidades sin ánimo de lucro, lo que se acreditará mediante contrato mercantil.
 - b) La entidad concertada deberá emplear en la plantilla que ejecute el contrato al menos a un 30% (variable) de personas con dificultades de acceso al mercado laboral.
 - c) La entidad concertada deberá emplear en la plantilla que ejecute el contrato al menos a un 5% (variable) de personas con discapacidad igual o superior al 33%.
 - d) La entidad concertada deberá ejecutar la prestación con un porcentaje de plantilla indefinida de al menos el 60% (variable).
3. Las entidades participantes en la convocatoria, deberán acompañar sus propuestas de una declaración responsable y jurada en la que conste el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución.
4. El órgano de contratación considerará estas obligaciones para la empresa adjudicataria de carácter esencial conforme al artículo 102.2 de la Ley 30/2007 a los efectos del artículo 206.g), y establecerá para su incumplimiento los efectos previstos en el artículo 196.1. de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

La normativa de contratos públicos, tanto nacional como comunitaria se refiere de forma expresa a las condiciones de ejecución de carácter social, que en la práctica se configuran como auténticas obligaciones que todas las entidades que concurren a la licitación aceptan por el simple hecho de presentar su

propuesta, y que la posterior adjudicataria deberá cumplir preceptivamente en la fase de ejecución del contrato. Al respecto señala la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo:

Artículo 26. Condiciones de ejecución del contrato

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 y medioambiental.

Y la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, es todavía más explícita (idéntica redacción en el artículo 118 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y se deroga la LCSP):

Artículo 102. Condiciones especiales de ejecución del contrato.

1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

Tengamos en cuenta que además de los ejemplos citados, se realiza una referencia a “otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”. Y si acudimos al artículo del Tratado, comprobamos que estas finalidades consisten en una mano de obra formada y cualificada, mercados laborales adaptados al cambio, y a “un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, y la cohesión económica y social”. Por lo que esta referencia reitera la anterior y se refuerza el señalamiento a las obligaciones de carácter social.

Además, cabe advertir que la relación del artículo 102.1. es meramente ejemplificativa, pues comienza señalando que “en especial podrán referirse a...”, por lo que no existe obstáculo alguno para que podamos incorporar como obligación o exigencia de ejecución contractual cualquier cuestión relacionada con la cohesión social.

EJEMPLOS Y REFERENCIAS

- La obligación de subcontratar con Empresas de Inserción o Centros Especiales de Empleo aparece avalada en las Directivas Comunitarias, como así reseña 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 de 2011: “*Otra opción sería permitir que los poderes adjudicadores exijan al licitador seleccionado que subcontrate un porcentaje determinado del valor del contrato a terceros. Esta obligación se reconoce ya en la Directiva 2004/18/CE para las concesiones de obras públicas (artículo 60) y en la Directiva 2009/81/CE, en relación con la contratación en los ámbitos de la defensa y la seguridad (artículo 21)*”.
- **La Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres**, aprobada por el Parlamento Vasco, también señala expresamente la posibilidad de incorporar medidas tendentes a

promover la igualdad como condiciones de ejecución:

Artículo 20. Medidas para eliminar desigualdades y promover la igualdad.

2. Sin perjuicio de otras medidas que se consideren oportunas, las administraciones públicas vascas, en la normativa que regula las subvenciones y en los supuestos en que así lo permita la legislación de contratos, incluirán entre los criterios de adjudicación uno que valore la integración de la perspectiva de género en la oferta presentada y en el proyecto o actividad subvencionada. En los mismos supuestos, entre los criterios de valoración de la capacidad técnica de los candidatos o licitadores y, en su caso, entre los requisitos que deberán reunir los beneficiarios de subvenciones, valorarán la trayectoria de los mismos en el desarrollo de políticas o actuaciones dirigidas a la igualdad de mujeres y hombres.

Asimismo, con sujeción a la legislación de contratos y a lo previsto en el apartado siguiente, se contemplará, como condición de ejecución del contrato, la obligación del adjudicatario de aplicar, al realizar la prestación, medidas tendentes a promover la igualdad de hombres y mujeres.

- **La Comunidad Autónoma Vasca, se refiere a los mismos el “Acuerdo del Consejo de Gobierno, sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la administración de la comunidad autónoma y de su sector público”, aprobado el día 29 de abril de 2008 por el Gobierno Vasco:**

IX.2.– INSERCIÓN LABORAL DE PERSONAS QUE SE ENCUENTREN CON ESPECIAL DIFICULTAD DE ACCESO AL EMPLEO.

1.– El pliego de cláusulas administrativas particulares en el apartado relativo a «Condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental o social» subapartado «De carácter social» exigirá a la empresa adjudicataria el compromiso de incorporar en la ejecución de la prestación contratada al menos un 20% de personas desempleadas que se encuentren en especial dificultad para acceder al empleo. El porcentaje de inserción se computará en relación con el número total de personas trabajadoras necesarias para la ejecución tanto de la empresa contratista como, en su caso, de las subcontratistas.

- En la legislación autonómica, destacamos en primer lugar la Ley Foral de Contratos de Navarra, por el detalle de su relación temática y la referencia a la obligación de contratar a un número de personas con discapacidad superior al legalmente obligatorio:

Artículo 49. Requerimientos de carácter social o medioambiental en la ejecución de los contratos.

*1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incluir requerimientos pormenorizados de carácter social o medioambiental sobre el modo de ejecutar el contrato, tales como la recuperación o reutilización de los envases y embalajes o productos usados; la eficiencia energética de los productos o servicios; el suministro de productos en recipientes reutilizables; la recogida y reciclado de los desechos o de los productos usados a cargo del contratista; **la obligación de dar trabajo a desempleados de larga duración; la organización a cargo del contratista de actividades de formación para jóvenes y desempleados; la adopción de medidas de promoción de la igualdad de sexos, o de medidas de integración de los inmigrantes; la obligación de contratar para la ejecución del contrato a un número de personas discapacitadas superior al legalmente establecido y otros análogos.***

En realidad la lista sería interminable, puesto que las condiciones de ejecución suelen conformar el método más pacífico y utilizado para incorporar criterios sociales en los contratos públicos. Los recogen con profusión la “Guía para la Inclusión de cláusulas contractuales de carácter social”, elaborada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña y aprobada por unanimidad el 19 de marzo de 2010; el Ayuntamiento de Sevilla que aprobó en Junta de Gobierno el 4 de abril de 2007 el “Pliego de Cláusulas Administrativas Generales de Calidad Social en la Contratación Pública”; la Comunidad Autónoma de Canarias, a través de Decreto 84/2006, 20 junio, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa para fomentar la integración laboral de colectivos con especiales dificultades de inserción

laboral; la “Instrucción para la incorporación de cláusulas sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés”, aprobada en el Pleno municipal celebrado el 16 de julio de 2009; o la “Instrucción para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del Instituto Mallorquín de Asuntos Sociales”, aprobada en mayo de 2010.

Considerando la unanimidad sobre su admisión no es preciso abundar en su fundamentación ni tampoco extendernos en la casuística de ejemplos.

CONCLUSIONES

1. La legislación de contratos públicos admite expresamente la inclusión de criterios sociales como condiciones especiales de ejecución de los contratos públicos. Su legalidad es incuestionable.
2. Tan solo cabría señalar como advertencia el respeto a los principios del derecho comunitario, y muy especialmente no establecer condiciones discriminatorias para las entidades licitadoras, en particular para empresas de otros estados miembros.
3. Igualmente, las condiciones de carácter social deben estar relacionadas con la ejecución del contrato o concierto, por lo que no se pueden establecer obligaciones sobre el conjunto de la entidad concertada, sino sólo sobre la parte de ella (o la plantilla) que va a ejecutar el concierto o sobre las actividades objeto del concierto, no sobre su actividad global.
4. Deberá siempre indicarse en el anuncio de convocatoria del concierto que el contrato incluye condiciones especiales de ejecución de carácter social.
5. La propuesta de una entidad que no aceptara o no suscribiera las condiciones de ejecución sería inadmitida, y la entidad contratista que al prestar el contrato incumpliera dichas condiciones podría incurrir en una falta grave, ser sancionado, o incluso rescindirse el contrato o concierto.

Informe que se suscribe en Pamplona, a 28 de noviembre de 2011.

Fdo: Santiago Lesmes Zabalegui