

LA PROMOCIÓN DEL COMERCIO JUSTO A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE

ANABELÉN CASARES MARCOS

*Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de León*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2012** en la Modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El jurado ha estado compuesto por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

ECONOMÍA y ética se encuentran estrechamente vinculadas y entrelazadas desde sus orígenes. No en vano, la economía, en cuanto ciencia social, tiene una indudable dimensión moral que debe ser tomada en consideración. Una de sus manifestaciones más sobresalientes ha sido, precisamente, el movimiento en pos de un comercio justo, entendido como comercio solidario o alternativo, imbuido y fundado, en última instancia, sobre un consumo auténticamente responsable. Se trata de un objetivo apoyado y promocionado en los últimos tiempos por la propia acción positiva de los poderes públicos, en especial, a través de la articulación y garantía de la compra pública ética, en cuanto a la contratación del sector público se erige, sin lugar a dudas, en un medio apto para la consecución de fines ulteriores. De ahí la importancia, auténtica necesidad, de entrar a analizar las posibilidades reales, tanto políticas como legales, que brinda nuestro ordenamiento jurídico para la introducción de criterios válidos orientadores de la contratación de las Administraciones públicas hacia el desarrollo de un consumo responsable, la promoción de un aumento de la conciencia global de nuestro estilo de vida y una mayor apuesta, en fin, hacia la transparencia y el comportamiento ético en los intercambios económicos.

Palabras clave: comercio justo, contratación pública socialmente responsable, consumo responsable.

FAIR TRADE PROMOTION THROUGH SOCIALLY RESPONSIBLE PUBLIC PROCUREMENT

ANABELÉN CASARES MARCOS

*Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de León*

Este trabajo ha obtenido el *Accésit Premio Estudios Financieros 2012* en la Modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El jurado ha estado compuesto por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Abstract:

ECONOMY and ethics are closely bound and entwined from birth. In fact, economy as a social science has an unquestionable moral side that must be taken into consideration. One of its most noticeable aspects has precisely been the fair trade movement, understood not only as a gesture of solidarity but also as an alternative commerce, ultimately based on responsible consumption. This aim has found recent support and promotion by positive public action, specifically by means of regulating and implementing ethical public purchase. In this sense, public procurement represents a suitable means for ulterior objectives. Thus the importance and necessity of assessing actual possibilities, both political and legal, offered by the Spanish legal system for the introduction of valid criteria directing public procurement towards responsible consumption, global awareness of our life style and more transparent and ethic economic exchange.

Keywords: fair trade, socially responsible public procurement, responsible consumption.

Sumario

- I. Introducción.
- II. El comercio justo como pretexto.
- III. La contratación pública como contexto.
 - 1. La promoción del comercio justo por la Unión Europea y su imbricación en la contratación pública.
 - A) Breve excursus sobre la evolución de la normativa de la Unión Europea en materia de contratación pública.
 - B) Reconocimiento e impulso del comercio justo por la Unión Europea.
 - 2. El fomento de la compra pública ética por el ordenamiento jurídico español.
 - A) La responsabilidad social de la contratación pública y la compra pública ética.
 - B) La concreción por la legislación española de la incorporación de criterios éticos en los procedimientos de contratación del sector público.
- IV. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN

La economía mundial descansa sobre desigualdades patentes entre países que condenan a un amplio porcentaje de la población del planeta a niveles extremos de pobreza que impiden, en gran medida, su propia subsistencia hasta alcanzar la edad adulta. Se trata de una realidad evidente, patente en su descarnada crudeza, que no precisa de mayor testimonio o aparato bibliográfico para su afirmación. Resultado de todo ello es la diversa nomenclatura acuñada a lo largo del siglo XX para aludir a cada país en función de su nivel de riqueza o desarrollo, variables que han dejado de estimarse en función del Producto Interior Bruto (PIB) per cápita, para medirse ahora, en cambio, a partir del indicador proporcionado por el Índice de Desarrollo Humano (IDH), en el que se integran, además de consideraciones estrictamente económicas, otros aspectos como la salud o la educación a efectos de proporcionar una información más integral al respecto¹.

Y así, a la contraposición más tradicional entre países desarrollados, en vías de desarrollo y subdesarrollados, cabe sumar las que diferencian entre países ricos y pobres, desarrollados y no desarrollados, del Norte y del Sur –no estrictamente geográfica, por otra parte–, o, en fin, entre los denominados del primer (países desarrollados), segundo (países del bloque comunista), tercer (países subdesarrollados) y cuarto mundo (esto es, la pobreza en los países del primer mundo). Esta última, si bien ha perdido parcialmente su vigencia ante la desaparición de los países del bloque comunista, sigue ofreciendo, pese a todo, un valor añadido sobre el resto de las enunciadas, por cuanto alude expresamente, en su referencia al cuarto mundo, a las bolsas de pobreza presentes en los países económicamente más desarrollados, cada vez más amplias y profundas, por otra parte, a resultas de la grave crisis financiera y económica desatada en fechas recientes en el ámbito internacional.

En cualquier caso, las actuaciones emprendidas para paliar las distinciones aludidas y promover la progresiva equiparación o, al menos, una mayor aproximación entre los integrantes de las diversas

¹ Así, A. SOCÍAS SALVÁ y N. DOBLAS, «El comercio justo: implicaciones económicas y solidarias», *CIRIEC-España. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 51, abril, 2005, pág. 10. El índice referenciado se complementa con el de Pobreza Humana (IPH). Ambos derivan del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El IDH tiene en cuenta, como indicadores clave del desarrollo, los factores de la salud, el acceso a la educación y los niveles de renta. El IPH pone el énfasis, en cambio, en factores de privación de desarrollo, considerando como variables relevantes la probabilidad al nacer de no alcanzar los 40 años de vida, la tasa de analfabetismo de los mayores de 15 años, el porcentaje de la población sin acceso sostenible a una fuente de agua mejorada, el porcentaje de niños menores de 5 años de edad con peso inferior al promedio de su edad y, por último, los porcentajes de población que viven con menos de 1 o 2 dólares diarios y los que viven por debajo del promedio del país. *Vid.*, a este respecto, R. SANCHÍS, «Geografía actual del comercio justo», en J. NOGUÉ y J. ROMERO (eds.), *Las otras geografías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 183 y ss.

categorías enunciadas con anterioridad van desde la ayuda económica o material, ya sea directa o indirecta, de los países más favorecidos a aquellos que se encuentran en peor situación, a los movimientos emprendidos y protagonizados por la propia sociedad civil, ya sea estructuralmente a través de asociaciones, fundaciones o, fundamentalmente, de organizaciones no gubernamentales (ONG), o de forma más individual y particularizada a través de iniciativas tendentes a promover la economía solidaria y la creación de una conciencia de consumo auténticamente responsable en la población del primer mundo².

No cabe duda que la contratación del sector público, sometida en los últimos años a reformas y vaivenes normativos no solo continuos sino especialmente significativos y trascendentes, alcanza una especial trascendencia a estos efectos, por cuanto se erige en instrumento idóneo tanto para el fomento, en particular, de esa nueva conciencia de consumo responsable, a través del impulso al comercio justo y a las empresas de la economía solidaria³, como para la introducción, desde una perspectiva más general, en los procesos de licitación pública de nuevas consideraciones de corte social y ambiental. La correcta articulación de estas vertientes habrá de servir, en definitiva, para reducir o, cuando menos, en el peor de los escenarios, procurar contener al máximo, el crecimiento hasta ahora imparable de la brecha entre los miembros integrantes del primer, tercer y cuarto mundos.

Ahora bien, para que ese fin último no se quede en papel mojado conviene aclarar y precisar en su justa medida, como inevitable punto de partida, la terminología empleada en relación con la promoción de la contratación pública socialmente responsable. Solo así se podrá abordar, con ciertas garantías, el estudio de las diversas vías posibilitadas por nuestro ordenamiento jurídico para su incorporación a los contratos del sector público, a fin de analizar y evaluar pormenorizadamente, en última instancia, sus requerimientos y posibles impactos. Se corre el riesgo, en caso contrario, de entrar, una vez más, en un proceso de «legiferación», esto es, de proclamación voz en alto –quizá mejor, norma en alto– de una serie de principios expresados en complejas construcciones normativas de evocación cuasipoética y plasmación ciertamente enfática, pero de contenido absolutamente huero a causa de su indefinición e inconcreción manifiesta.

II. EL COMERCIO JUSTO COMO PRETEXTO

El comercio justo, denominado también comercio alternativo o solidario, nace stricto sensu en Estados Unidos a finales de la década de los cuarenta del pasado siglo⁴. Pese a representar, aún hoy,

² Profundiza en el mosaico de las relaciones Norte-Sur y en el entramado desigual de relaciones comerciales y productivas entre ambos, E. SOLÉ, *Qué es el comercio justo*, RBA, Barcelona, 2003, págs. 13 y ss. Se refiere, en concreto, a las causas que abocan al comercio internacional a ser injusto, M. BARRAT BROWN, *Comercio justo, comercio injusto. Hacia una nueva cooperación internacional*, Icaria, Barcelona, 1998, págs. 7 y ss.

³ Definidas por A. SOCÍAS SALVÁ y R. HERRANZ BASCONES, «Organizaciones no gubernamentales y empresas de economía solidaria: características e interpretación del resultado», *Cuadernos Aragoneses de Economía*, vol. II, núm. 2, 2001, pág. 326, como «entidades que sustituyen el objetivo de la obtención de lucro por otros, que se centran en dos aspectos: el respeto al medio ambiente y el combatir la pobreza y marginación, tanto en el cuarto mundo como en el tercero». Ejemplifican los autores las actividades sociales de estas empresas citando, sin ánimo exhaustivo, las «empresas de inserción, recuperadores, relaciones comerciales justas, agricultura ecológica, mensajería en bici, cooperativas de consumo, financiación solidaria, ahorro ético, etc.».

⁴ Es entonces cuando la organización norteamericana *Ten Thousand Villages* comenzó a importar y distribuir artesanías en Estados Unidos. En Europa, pese a algunos antecedentes en la década de los cincuenta, la actividad regular de comercio

una fracción ínfima del intercambio comercial internacional⁵, resulta evidente que ha sufrido una profunda transformación, así como un crecimiento constante, auténticamente imparable, demostrando que si bien David no ha podido derribar aún en su pugna a Goliath, va acumulando méritos para alcanzar este objetivo en un futuro que se confía no excesivamente lejano.

No en vano, la evolución del comercio justo en el ámbito internacional se ha revelado vertiginosa desde la reivindicación de los países del Sur presentes en Ginebra en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) de 1964 de «comercio, no ayuda»⁶, si bien simultáneamente dispareja por cuanto su expansión a zonas geográficas alejadas de su cuna primigenia ha terminado por incorporar nuevos elementos a su concepción original y a sus cauces de sustanciación, desembocando, finalmente, en una estructura del todo peculiar, no exenta de cierta complejidad, en la que intervienen múltiples actores o agentes diversos con el propósito, en última instancia, de certificar que el intercambio mercantil correspondiente se realiza con escrupuloso respeto y estricto cumplimiento de aquellos principios esenciales definitorios de la filosofía del comercio justo.

Y, sin embargo, es largo aún el camino que queda por recorrer a fin de garantizar que el comercio justo cumpla adecuadamente con su objetivo de instaurar y mantener la equidad en el comercio internacional, por cuanto su organización y regulación, de trascendencia socioeconómica indudable, ha sido confiada y llevada a cabo hasta el momento por organismos estrictamente privados que reconocen y distinguen a estos productos con un sello de garantía que, al margen de privado, no es único⁷.

No cabe duda que facilitarían su expansión, consolidación y garantía, su regulación, calificación y control por organismos públicos, internacionales y nacionales, por cuanto solo así se

justo no comenzará hasta 1964 en el Reino Unido de la mano de *Oxfam*. Se refiere a ello, R. SANCHÍS, «Geografía actual del comercio justo», *op. cit.*, pág. 175. Asimismo, sobre la trayectoria del comercio justo en el ámbito internacional y, en concreto, en España, E. SOLÉ, *Qué es el comercio justo*, *op. cit.*, págs. 40 y ss. También S. MARTÍNEZ-OROZCO LLORENTE, *Comercio justo, consumo responsable*, Intermon, Barcelona, 2000, págs. 35 y ss.; y, M. MESA, «Nuevas estrategias de intervención social: el comercio justo», en J. I. FLOR (Coord.), *Globalización, crisis ambiental y educación*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, 2002, págs. 240 y ss.

⁵ A. SOCÍAS SALVÁ y N. DOBLAS, «El comercio justo: implicaciones económicas y solidarias», *op. cit.*, pág. 19, no vacilan en afirmar, a este respecto, que si bien «no es muy relevante» desde el punto de vista económico, «sí lo es desde el humanitario y de la solidaridad». Profundiza en el alcance del comercio justo respecto del comercio mundial, destacando, pese a su exigua envergadura, su crecimiento progresivo, E. SOLÉ, *Qué es el comercio justo*, *op. cit.*, págs. 96 y ss.

⁶ O, en su versión original en inglés, *Trade, not aid. Vid.*, al respecto, P. CABRERA *et al.*, «Preguntas y respuestas sobre el comercio justo», en G. SICHAR y P. CABRERA (Coords.), *Comercio justo, ¿una alternativa real?*, CIDEAL y SETEM, Madrid, 2002, pág. 45.

⁷ Destacan así entre las principales organizaciones coordinadoras de este comercio alternativo en el ámbito internacional, WFTO (*World Fair Trade Organization*), antes IFAT (*International Fair Trade Association*, que agrupa a organizaciones que tanto en los países del Norte como en los del Sur tienen al comercio justo entre sus actividades principales), EFTA (*European Fair Trade Association*, que reúne a las doce importadoras de comercio justo más grandes de Europa), NEWS! (*Network of European World Shops*, que aglutina el trabajo de más de dos mil tiendas de comercio justo, pioneras en la comercialización de estos productos y también en la sensibilización de sus clientes) y FLO (*Fair Trade Labelling Organisation*, dedicada a la certificación de productos de alimentación de comercio justo), reunidas todas ellas bajo el acrónimo FINE. Tan solo FLO, WFTO y EFTA aglutinan más de dos millones de productores de comercio justo procedentes de más de 60 países, 20 iniciativas de etiquetado, cientos de importadores especializados en productos de comercio justo, 3.000 tiendas en todo el mundo y más de 100.000 voluntarios. *Vid.*, a este respecto, E. SOLÉ, *Qué es el comercio justo*, *op. cit.*, págs. 41 y ss.

podría garantizar mínimamente que la actividad no se realiza u oferta de forma fraudulenta en aquellos países del Norte en los que existe realmente un movimiento civil en pos de un consumo responsable y solidario⁸.

Pese a todo, es preciso reconocer que son precisamente estas organizaciones privadas las que han contribuido a concretar, delimitar y puntualizar el concepto actual de comercio justo. Se suele partir, así, en los últimos tiempos, de la definición ya clásica adoptada en octubre de 2001 por FINE, en cuanto agrupación más representativa de las organizaciones en la materia. Conforme a su enunciado⁹,

«comercio justo es una relación de intercambio comercial basada en el diálogo, la transparencia y el respeto, que persigue una mayor equidad en el comercio internacional. Contribuye al desarrollo sostenible ofreciendo mejores condiciones comerciales y asegurando los derechos de los pequeños productores y trabajadores marginados, especialmente del Sur. Las organizaciones de comercio justo, apoyadas por los consumidores, están activamente comprometidas en apoyar a los productores, sensibilizar y desarrollar campañas para conseguir cambios en las reglas y prácticas del comercio internacional convencional.»

El concepto se concreta, de manera más específica, en una serie de principios que contribuyen a garantizar un estándar mínimo en las condiciones de empleo y remuneración del trabajo desarrollado por las organizaciones de producción¹⁰; muchos remiten, en este sentido, a previsiones recogidas en algunos de los Convenios más importantes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), normativa aprobada y vigente en el ámbito internacional, relacionada con algunos de los derechos más básicos de las personas¹¹.

Y así, cabe enunciar estos principios, de forma particularizada, de la siguiente manera¹²:

1. El comercio justo proporciona a los productores implicados salarios y precios justos para el contexto local, acordados mediante diálogo y participación, iguales por igual trabajo para mujeres y

⁸ Recomendación compartida, asimismo, entre otros, por A. SOCÍAS SALVÁ y N. DOBLAS, «El comercio justo: implicaciones económicas y solidarias», *op. cit.*, pág. 22. En cualquier caso, se enlazaría así con los objetivos pragmáticos y propagandísticos o de sensibilización promovidos y combinados por el movimiento de comercio justo desde sus inicios. A este respecto, C. VALOR MARTÍNEZ, «Cláusulas sociales. Análisis de la afinidad de objetivos con el movimiento por el comercio justo», *Boletín Económico de ICE*, núm. 2882, 2006, pág. 48.

⁹ Tal y como aparece transcrita y asumida por la Comisión Europea en su Comunicación de 5 de mayo de 2009, *Contribución al desarrollo sostenible: el papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial*, [COM (2009) 215 final], sobre la que se volverá *infra*.

¹⁰ *Vid.*, en particular, a título de ejemplo, sobre las organizaciones de comercio justo y su actuación en defensa de los trabajadores con déficit de capacidad, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, CERMI, Madrid, 2008, págs. 89 y ss.

¹¹ Y es que su creación en 1919 responde, precisamente, a la inquietud suscitada por las consecuencias negativas de la internacionalización del comercio sobre el empleo. *Vid.* E. LEE, «Globalization and labour standards: a review of issues», *International Labour Review*, núm. 136-2, 1997, págs. 173 y ss.

¹² Siguiendo en este punto a R. SANCHÍS, «Geografía actual del comercio justo», *op. cit.*, págs. 178 y ss. *Vid.*, asimismo, el compendio realizado a este respecto por WFTO y FLO, *A Charter of Fair Trade Principles*, 2009.

hombres y superior, en ocasiones, a la remuneración en el mercado, debiendo cubrir los costes de una producción sostenible, así como los necesarios para lograr unos medios de vida sostenibles.

2. El comercio justo favorece la participación de los trabajadores en la toma de decisiones. Resulta corolario lógico del principio anterior y exige implicar a los productores de comercio justo en aquellas cuestiones que afectan a su trabajo, especialmente a las mujeres, estableciendo procedimientos, tanto formales como informales, para informar, consultar e involucrar a los trabajadores. Alcanza, lógicamente, especial significación cuando las relaciones comerciales precisan de organizaciones intermediarias en los países del Sur, que deberán demostrar, en tal caso, que disponen de herramientas suficientes y adecuadas para favorecer la participación de los productores en aquellas decisiones que trasciendan a la organización y el intercambio comercial.

3. El comercio justo promueve unas condiciones de trabajo dignas, destacando, a este respecto, el protagonismo que habría de alcanzar la implementación de la prevención de riesgos a efectos de fomentar la adopción de prácticas más seguras y saludables.

4. El comercio justo promueve equidad de género y respeto a la diversidad, fomentando que todos los productores gocen de idénticos ingresos, oportunidades de formación y participación, al margen de su sexo, raza, religión, grupo social, etc.

5. El comercio justo se asienta sobre la protección de la infancia y la juventud, procurando la erradicación de la explotación infantil si bien adaptándose con realismo al contexto local y a sus prácticas tradicionales, a fin de avanzar al máximo en la garantía de los derechos de los menores de edad y compatibilizar su posible participación en labores complementarias de la producción con la protección de su salud y la promoción de sus posibilidades de formación a corto y largo plazo.

6. El comercio justo promueve un uso sostenible de los recursos naturales, facilitando la adopción paulatina y creciente de criterios tendentes a una mayor protección ambiental. Favorece así la toma en consideración de aspectos básicos, asumidos, en ocasiones, como mero punto de partida por otras legislaciones ambientales más avanzadas, en particular, la europea. Así, la prevención de la contaminación de agua y aire, el respeto de especies protegidas, el uso de materias primas recicladas y reciclables en los procesos de producción y embalaje, el empleo de materias primas de origen local, el tratamiento de los residuos generados durante la producción y por el propio consumo del producto final o el fomento, en fin, de la agricultura biológica.

Muchos de los principios relacionados hasta aquí son compartidos, en general, por otros productores y empresas que buscan extender a su actividad las etiquetas de comercio ético o responsabilidad social empresarial¹³. El aspecto que realmente contribuye a singularizar el comercio justo res-

¹³ *Vid.*, por ejemplo, el debate teórico, a este respecto, en torno a la cláusula social en el comercio internacional, tanto su argumento económico como moral, su *status* e inclusión en tratados comerciales bilaterales y multilaterales, así como los principios sobre los que descansa el comercio ético, que presenta diferencias fundamentales con el comercio justo. Por todos, C. VALOR MARTÍNEZ, «Cláusulas sociales. Análisis de la afinidad de objetivos con el movimiento por el comercio justo», *op. cit.*, págs. 39 y ss.; y, L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *Comercio justo y derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 155 y ss., quien analiza la condicionalidad social y su posible atentado a la soberanía de los Estados. Asimismo, sobre las conexiones entre comercio justo y responsabilidad social empresarial, por todos, *El desafío del comercio justo, 2001-2003. Anuario EFTA*, 2001, págs. 44 y ss.; C. MOLINA NAVARRETE, «Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector

pecto a estos últimos intercambios comerciales está, precisamente, en que las organizaciones de comercio justo orientan su trabajo al beneficio de pequeños productores especialmente desfavorecidos y marginalizados por el mercado, cuya sostenibilidad no estaría garantizada sin apoyos externos que cabe calificar, precisamente por ello, de extraordinarios.

En este sentido, el comercio justo se desarrolla prioritariamente con los países más desfavorecidos y con proveedores valorados de forma especialmente negativa a la luz de los Índices de Desarrollo Humano (IDH) y Pobreza Humana (IPH), a los que se financia anticipadamente hasta el 50 por 100 de las compras realizadas, a fin de solventar el inconveniente que supondría, a estos efectos, su incapacidad de acceder a las materias primas necesarias para el proceso de producción ante su inexistente o insuficiente capacidad financiera, fomentando relaciones comerciales estables en el tiempo.

Actualmente son dos las vías principales por las que cabe reconocer un producto como vinculado o derivado del comercio justo. De un lado, que haya sido importado y distribuido por una organización de comercio justo certificada como WFTO, esto es, la vía de la certificación de organizaciones; de otro, que lleve el sello que lo certifica como producto de comercio justo, en definitiva, la certificación de productos. Con ello se procura y garantiza la trazabilidad solidaria del producto, enlazando con la preocupación, presente desde hace ya más de un siglo, por las consecuencias sociales del comercio.

A partir de este punto el modelo puede variar. Frente al tradicional que parte del comercio justo como un mercado de llegada, las modernas organizaciones del sector han evolucionado en su modelo de trabajo, para pasar a considerarlo como un mercado de transición, que debe tomar en consideración, en definitiva, aquellos indicadores que mejor reflejen las opiniones de los consumidores en el mercado a fin de facilitar el acceso de sus proveedores de forma progresiva y sostenible al mercado convencional¹⁴.

III. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO CONTEXTO

Los poderes públicos no han sido inmunes a la consolidación y expansión del movimiento del comercio justo, adoptando medidas tendentes a su fomento e impulso. Aun cuando pudieran considerarse tímidas no hay duda que se insertan en la que ha sido calificada de transición «de la mano ética en la economía» a «la acción positiva de los poderes públicos»¹⁵.

Público», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 32, 2008, págs. 9 y ss.; y, B. VAN DER LAAT ECHEVARRÍA, «Cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresario», en W. SANGUINETI RAYMOND y A. GARCÍA LASO (eds.), *Globalización económica y relaciones laborales*, Universidad de Salamanca, 2003, págs. 153 y ss.

¹⁴ En tal sentido, R. SANCHÍS, «Geografía actual del comercio justo», *op. cit.*, págs. 176 y ss., reduce a tres los pilares sobre los que se asienta el comercio justo: los principios definitorios de su articulación, las características que deben teñir su desarrollo stricto sensu y el fortalecimiento de sus organizaciones a fin de garantizar su sostenibilidad y el acceso paulatino de sus productores al mercado convencional. Asimismo, sobre las perspectivas y retos de futuro del comercio justo, *vid.* X. MONTAGUT, «Diez retos y una limitación», X. MONTAGUT y E. VIVAS (coords.), *¿Adónde va el comercio justo? Modelos y experiencias*, Icaria, Barcelona, 2006, págs. 99 y ss.

¹⁵ C. MOLINA NAVARRETE, «Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *op. cit.*, pág. 9.

Son varias las medidas unilateralmente adoptadas, a estos efectos, por la Unión Europea. Si bien un tanto vagas y limitadas desde la perspectiva estricta de la promoción del comercio justo, no hay duda que alcanzan mayor concreción y desarrollo respecto de la protección de aspectos sociales y medioambientales¹⁶.

1. La promoción del comercio justo por la Unión Europea y su imbricación en la contratación pública

A) Breve excursus sobre la evolución de la normativa de la Unión Europea en materia de contratación pública

Las Comunidades Europeas, primero, y la Unión Europea, después, han reconocido, ante la ausencia de previsiones específicas sobre la materia en los Tratados constitutivos, el potencial de la contratación pública y de sus principios informadores como instrumento vertebrador del mercado común y de la realización efectiva de un mercado interior sin barreras u obstáculos que impidan la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales¹⁷.

De ahí el afán armonizador, en ocasiones incluso uniformador, en su empeño de aproximar las legislaciones nacionales de los Estados miembros, que acompaña a esta materia¹⁸, y en particular a la regulación de los procedimientos de selección y adjudicación de los contratos administrativos, desde comienzos de la década de los setenta¹⁹, y que se traducirá, en un primer estadio, en la aprobación de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras²⁰.

¹⁶ Exceden de este trabajo las cuestiones relacionadas, en sentido estricto, con la promoción y protección del comercio justo en el marco de las relaciones comerciales internacionales y su regulación por la Unión Europea. *Vid.*, a este respecto, por todos, L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *Comercio justo y derechos sociales*, *op. cit.*, págs. 124, quien profundiza en las medidas adoptadas por la Unión Europea desde la perspectiva del instrumento concreto de defensa comercial, del sistema de preferencias generalizadas (SPG), de los códigos voluntarios de buena conducta y el etiquetado social voluntario, o de la cláusula democracia y derechos humanos en los acuerdos internacionales.

¹⁷ Sobre el marco de Derecho originario y los principios básicos de la Comunidad Europea aplicables a los contratos públicos, *vid.* J.A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 71 y ss.; J.L. PIÑAR MAÑAS, «El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley», en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 27 y ss.; y, M. M.^a RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996, págs. 19 y ss.

¹⁸ En idéntico sentido, J.M.^a GIMENO FELIÚ, *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 31.

¹⁹ Para M.^aY. FERNÁNDEZ GARCÍA, «La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo», *RAP*, núm. 166, 2005, pág. 284, el objeto de este proceso no era sino «paliar las barreras a la contratación pública en la Comunidad», abriéndola a la «competencia intracomunitaria entre los distintos operadores». También M. BASSOLS COMA, «Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa», *Noticias CEE*, núm. 21, 1986, pág. 30, se refiere al alcance efectivo de este proceso de coordinación, entendido en el «sentido más lato» de la expresión.

²⁰ Sobre el proceso de adaptación de la Ley de Contratos del Estado de 1965, cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, al ordenamiento jurídico comunitario resultante de la aprobación de las Directivas 71/304/CEE y 71/305/CEE del Consejo, ambas de 26 de julio de 1971, relativas, respectivamente, a la supresión de restricciones a la

Sobre estos primeros cimientos se edificará todo el acervo comunitario posterior en materia de contratación del sector público. Presenta un valor indudable, en este sentido, la Comunicación de la Comisión al Consejo de 10 de febrero de 1987. Bajo el título «La contratación pública en la Comunidad»²¹, realiza una radiografía certera de la situación vigente en la materia, relacionando y evaluando el alcance de los diversos problemas apreciados en la aplicación de las Directivas entonces vigentes en la materia.

Partiendo de la estimación de que «la apertura de procedimientos de contratación pública es un elemento esencial de la voluntad de realización del mercado interior», la Comunicación esboza un programa de acción orientado, precisamente, a dar cumplida respuesta a la dimensión e importancia industrial de la contratación pública, a la que considera insuficientemente atendida en la Comunidad a la luz de los inconvenientes detectados en la aplicación de las Directivas vigentes, condensados, sintéticamente, en cinco. En concreto, la existencia de obstáculos a la cooperación entre empresas de Estados miembros diferentes, la escasa interpenetración de los mercados existente en el sector público, las interpretaciones poco respetuosas con la letra y el espíritu de las Directivas aprobadas, la inadecuación de las disposiciones vigentes para alcanzar los objetivos propuestos y, por último, la exclusión del ámbito de aplicación de las primeras Directivas de algunos de los sectores en que los contratos públicos son más importantes desde el punto de vista industrial.

El programa de acción diseñado por la Comunicación propone, en consecuencia, una serie de medidas orientadas no solo a garantizar la estricta aplicación de las Directivas conforme a su «espíritu y letra», sino también su modificación y perfeccionamiento para, entre otros objetivos, dar cobertura a los sectores en aquel momento excluidos, así como promover una creciente liberalización en el sector de los servicios utilizados por los poderes adjudicatarios.

De esta forma, si la primera fase, de inauguración de la regulación comunitaria en el ámbito de la contratación pública, está representada por la normativa liberalizadora y de remoción de posibles obstáculos aprobada a comienzos de la década de los setenta y modificada durante los años ochenta, la siguiente se encarnará, en cambio, en una segunda generación de Directivas que obedecen, por el contrario, al propósito de corregir las disfunciones detectadas en la aplicación de la normativa comunitaria vigente hasta entonces con el fin de profundizar aún más y garantizar, de forma real y efectiva, la apertura de la contratación pública a la concurrencia comunitaria como vía para la instauración de un auténtico mercado interior²².

libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales, y a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, *vid.*, entre otros, R. JURISTO, «La adaptación de la regulación española del contrato de obra pública a las Directivas de la Comunidad Económica Europea», *REDA*, núm. 49, 1986, págs. 85 y ss.; J.L. PIÑAR MAÑAS, «El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley», *op. cit.*, págs. 57 y ss.; y, M. M^º. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, *op. cit.*, págs. 103 y ss.

²¹ COM (86) 375 final.

²² J.A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, *op. cit.*, págs. 113 y ss., distingue al efecto entre las primeras Directivas sobre la materia, a las que tilda de «Directivas de liberalización», y esta «segunda generación» de Directivas. En este mismo sentido, M.M.^º RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, *op. cit.*, págs. 39 y ss.; y, J.A. SANTÍAS VIADA, V. SANTAMARÍA DE PAREDES y C. LÓPEZ BLANCO, *El Derecho comunitario de la contratación pública*, Escuela de la Hacienda Pública, Madrid, 1991, págs. 31 y ss.

Responden a esta preocupación, en concreto, las Directivas 93/36/CEE, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, 93/37/CEE, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y 93/38/CEE, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, todas de 14 de junio de 1993, que traen causa, fundamentalmente, de la ratificación de la apertura de la contratación pública como uno de los objetivos prioritarios del *Libro Blanco de la Comisión para la realización del mercado interior*²³.

Alcanza, en todo, una especial trascendencia la refundición realizada por la Directiva 93/37/CEE, cuyo Preámbulo insiste de nuevo en la necesidad de eliminar restricciones y coordinar los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obras²⁴, por cuanto representa el fin de una etapa y, simultáneamente, el punto de partida de una nueva época, centrada, a su vez, en el perfeccionamiento de un sistema inédito capaz de allegar financiación privada y de incorporar la colaboración del sector privado en la política de provisión y gestión de infraestructuras y servicios de interés público. Se abren, en definitiva, «nuevos horizontes»²⁵, de complejidad creciente a la luz de la multiplicación de instrumentos y cauces para la materialización de este tipo de asociaciones y la aparición, en consecuencia, de una variada tipología de las que se han dado en llamar fórmulas de PPP o APP²⁶.

Son varios los factores que han abocado a la Unión Europea a esta nueva etapa de revisión y reforma de la regulación comunitaria de la contratación pública²⁷. Corresponde un protagonismo fundamental, entre todos ellos, a la percepción comunitaria de la conveniencia, elevada incluso con el tiempo a auténtica exigencia, de incorporar la financiación privada al proceso de proyección, dotación y explotación de infraestructuras de transporte. No en vano, los Estados miembros se enfrentan, en el marco de la reciente ampliación y de unas restricciones presupuestarias cada vez más estrictas, a la necesidad de acopiar fondos que permitan hacer frente a proyectos de interés público pero de

²³ COM (85) 310 final.

²⁴ La publicación por la Comisión de la *Guide to the community rules on public works contracts other than in the water, energy, transport and telecommunications sectors*, tras la aprobación de la Directiva 93/37/CEE, no es sino expresión de los esfuerzos realizados en el ámbito comunitario por dar satisfacción a estas inquietudes.

²⁵ En terminología de M. M.^a RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, op. cit., pág. 44.

²⁶ Las siglas PPP responden tanto a la expresión anglosajona «Public-Private Partnerships» como a la acuñada posteriormente en español «Participación Público-Privada», correspondiendo las siglas APP a la expresión española «Asociación Público-Privada». Dedicada especial atención a su tipología S. ARROWSMITH, «Public private partnerships and the European procurement rules: EU policies in conflict?», *Common Market Law Review*, núm. 37-3, 2000, op. cit., págs. 709 y ss., quien reduce a dos las cuestiones fundamentales que plantean a la luz de la normativa comunitaria, de un lado, la necesidad de perfilar con mayor nitidez el ámbito objetivo de las Directivas en materia de contratación pública, de otro, los perjuicios derivados de la excesiva rigidez de los procedimientos de adjudicación comunitarios para el empleo de estas fórmulas. Sobre los motivos que justifican el auge actual de estas fórmulas en el ámbito comunitario, vid., por todos, J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, «Contrato de colaboración público-privada», *RAP*, núm. 170, 2006, págs. 8 y ss.; y, T. QUINTANA LÓPEZ (Dir.), *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*, CESCyL, Valladolid, 2011.

²⁷ M.M.^a RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, op. cit., págs. 44 y ss., cita, en particular, el impulso del Acta Única Europea y, en especial, del Tratado de la Unión Europea, así como la aprobación del Tratado sobre el Espacio Económico Europeo, recogido en las Decisiones del Consejo y de la Comisión 94/1/CECA, CE y 94/2/CECA, CE, y las sucesivas ampliaciones de la Comunidad Europea tras la aprobación de los textos refundidos de 1993, refiriendo, además, la relevancia de las propuestas de liberalización y expansión del comercio mundial provenientes del Acuerdo GATT, incorporadas a la Decisión del Consejo 94/800/CE.

necesidades económicas muy superiores a las disponibles o a las permitidas en función de la estabilidad presupuestaria propugnada desde la Unión²⁸.

Son varios también los Consejos Europeos que despejan definitivamente el camino a la mayor intervención de la financiación privada en el desarrollo de estos proyectos. Sus directrices penetran en la labor legislativa comunitaria desarrollada con posterioridad, marcando una tendencia favorable a la apertura del ordenamiento comunitario a nuevas fórmulas de colaboración público-privada²⁹.

Esta y otras inquietudes aparecen finalmente reflejadas en el *Libro Verde* de la Comisión, *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*³⁰, en el que se insiste en la necesidad de simplificar el marco jurídico hasta entonces vigente en pro de una política efectiva y mucho más abierta de contratación pública. La reflexión inicial de la Comisión se centra, en particular, en los dos problemas que considera más acuciantes en la materia, esto es, la incorporación parcial e incompleta de las Directivas de contratación pública por los Estados miembros y el débil impacto económico de la política desarrollada en este ámbito, erigiéndose en el marco de un amplio debate que daría lugar, finalmente, a la Comunicación de la Comisión sobre *Public procurement in the European Union*³¹.

Se impone, en definitiva, un replanteamiento de la normativa comunitaria en materia de contratación pública al objeto de simplificarla y favorecer su adaptación flexible al propio desarrollo del mercado, clarificando y ajustando el régimen jurídico vigente allí donde la mera reinterpretación no resultara suficiente³². La reflexión desarrollada al respecto en las instituciones europeas no se encontraba, sin embargo, lo suficientemente madura como para ser incluida en su totalidad en la reforma de la regulación europea de la contratación pública del año 2004.

En este sentido, la aprobación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, ambas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativas, respectivamente, a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, representan un paso adelante indudable en cuanto contienen aportaciones importantes, sin que quepa hablar al respecto de una auténtica renovación de la normativa anterior. De ahí que no quepa sino reconocer la utilidad de las precisio-

²⁸ En este sentido, sobre la promoción de las fórmulas de colaboración público-privada, tanto en el ámbito internacional como en nuestro ordenamiento jurídico, y, entre otras, de la concesión de obras públicas a iniciativa particular, *vid.*, por todos, T. QUINTANA LÓPEZ (dir.), *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*, *op. cit.*; y, A. CASARES MARCOS, *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Montecorvo, Madrid, 2007.

²⁹ Son fundamentales, en este sentido, los Consejos Europeos de Bruselas, diciembre de 1993, de Corfú, junio de 1994, y de Essen, diciembre de 1994. Dan noticia de sus conclusiones y de su influencia posterior en el diseño comunitario de un modelo alternativo a la tradicional financiación pública de infraestructuras, A. GONZÁLEZ FINAT y V. PEDRET CUSCÓ, «La política de financiación de transportes en la Unión Europea», *ICE*, núm. 757, 1996, págs. 69 y ss.

³⁰ COM (96) 583 final, de 27 de noviembre de 1996.

³¹ COM (98) 143, de 11 de marzo de 1998.

³² La propia Comunicación aclara, párrafo 5, el significado en este contexto del término «simplificación», que abarca «both the clarification of provisions which are obscure or complex and adjustment of the rules in force where the problems to be addressed cannot be resolved through interpretation of the provisions».

nes que realizan estas Directivas, que contribuyen significativamente a crear nuevas oportunidades para los operadores a ellas sujetos, sin haber logrado traer consigo, sin embargo, una «exhaustiva renovación e innovación» del Derecho de la contratación pública³³.

B) Reconocimiento e impulso del comercio justo por la Unión Europea

Si la normativa comunitaria reguladora de la contratación pública se remonta a la década de los setenta, no cabe afirmar lo mismo respecto a la atención suscitada en el seno de las instituciones europeas por el movimiento y la filosofía del comercio justo. La Comunicación de la Comisión al Consejo relativa al comercio justo, de 29 de noviembre de 1999, supone, en este sentido, la primera aproximación seria a la problemática planteada por el fenómeno, y resulta precisamente por ello de naturaleza un tanto preliminar o meramente introductoria.

No en vano, propone iniciar el proceso de elaboración de la doctrina comunitaria sobre el comercio justo, vinculando su promoción a los objetivos más amplios de la Comunidad Europea en materia de cooperación al desarrollo, en particular, el desarrollo económico y social duradero de los países en desarrollo y, especialmente, de los más desfavorecidos, la lucha contra la pobreza en estos países, y, de forma más concreta, su inserción progresiva en la economía mundial³⁴.

Ofrece en este contexto, si bien de forma un tanto tímida, una primera aproximación al concepto de comercio justo, bajo el que se cobijarían aquellas operaciones comerciales que apuntan principalmente a los países en desarrollo y potencian la posición económica de pequeños productores y propietarios con el fin de garantizar que no queden marginados de la economía mundial. Cita así como sus elementos u objetivos esenciales, la garantía de que los productores, incluidos los trabajadores, tengan una participación adecuada del beneficio total y la mejora de las condiciones ambientales y sociales de los trabajadores, en los casos en que no existan estructuras desarrolladas de servicios sociales y representación laboral. Son, como tal, objetivos vinculados al desarrollo socioeconómico a largo plazo, lo que contribuye a diferenciar el comercio justo del denominado «comercio ético», referido principalmente, en cambio, a los métodos comerciales de las empresas presentes en el país, a través, por ejemplo, de códigos de conducta.

Destaca, en este sentido, la exclusión expresa realizada por la Comunicación de todo proceso de producción que tenga lugar dentro de la Unión Europea, al aducir que «el concepto de comercio

³³ Así lo afirma literalmente M.^aY. FERNÁNDEZ GARCÍA, «La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo», *op. cit.*, pág. 315. Apunta a ello también el debate desatado en fechas recientes sobre la conveniencia y oportunidad de modificar la normativa comunitaria vigente en materia de contratación pública. Deben tenerse necesariamente en cuenta, a este respecto, el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, de 27 de enero de 2011, COM (2011) 15 final, así como las Propuestas para la aprobación de sendas Directivas relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, también en los denominados sectores «excluidos», esto es, del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, COM (2011) 896 final, y a la adjudicación de los contratos de concesión de obras y servicios públicos, COM (2011) 897 final.

³⁴ Artículo 177 del entonces vigente Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

justo se refiere especialmente al comercio entre los países en desarrollo y los países más desarrollados. No afecta directamente a los bienes producidos dentro de la Unión Europea, ya que en esta las normas sociales y medioambientales ya están consagradas por la ley. La producción, los productores y los trabajadores ya cuentan con una protección social y medioambiental como mínimo tan elevada como la fijada para los productos del comercio justo.»

Pese a sus indudables limitaciones, la Comunicación sirve como punto de partida para la reflexión en el seno de las instituciones europeas sobre el comercio justo y para la incorporación, en definitiva, al acervo comunitario del concepto y la promoción de su filosofía³⁵. La propia Comisión hace hincapié, a estos efectos, en algunos problemas que deberían abordarse a fin de garantizar su consolidación y continuidad con éxito. Así, destacadamente, la necesidad de una mayor concordancia de las políticas de los agentes de los distintos niveles, el establecimiento de una definición jurídica del concepto y de los criterios que lo determinan, la intensificación de la inspección y el control de los productos que se ofrecen bajo este rótulo a fin de garantizar a los consumidores una opción fiable y real, concienciándolos ante el fenómeno, o, en fin, la apertura del diálogo comunitario con el movimiento del comercio justo.

En todo caso, ha sido quizás el Parlamento Europeo la institución comunitaria más volcada en la labor de sensibilización y presión política desarrollada a favor del comercio justo. En su Resolución de 6 de julio de 2006, sobre comercio justo y desarrollo³⁶, aboga por que, frente a la «falta de protección jurídica» y «para eliminar el riesgo de abusos», el comercio justo sea identificado necesariamente a partir del cumplimiento de una serie de criterios o exigencias concretas que habían sido ya previamente definidas y delimitadas por el propio movimiento en Europa de la siguiente manera:

- «a) un precio justo al productor, que garantice unos ingresos justos y que permita cubrir unos costes sostenibles de producción y los costes de subsistencia; este precio debe igualar, por lo menos, al precio y la prima mínimos definidos por las asociaciones internacionales de comercio justo,
- b) parte del pago se debe efectuar por adelantado, si el productor así lo solicita,
- c) una relación estable y a largo plazo con los productores, así como la intervención de estos en el establecimiento de normas de comercio justo,

³⁵ El documento es el resultado, en este sentido, del compromiso adoptado por la Comisión en el Consejo del mes de junio de 1998 de presentar una Comunicación sobre comercio justo y de la solicitud del Parlamento de que se elaborara una Comunicación al respecto (*Informe Fassa*). Y es que la atención de la Unión Europea al comercio justo se remonta, en realidad, a enero de 1994, fecha en que el Parlamento Europeo aprueba una Resolución sobre el fomento de la justicia y la solidaridad en el comercio entre Norte y Sur (Documento PE A3-0373/93, PE 206.396), en la que solicita iniciativas a escala comunitaria de apoyo al mismo, su financiación e impulsión en la política comunitaria de desarrollo y cooperación. La Comisión publica ese mismo año un documento sobre comercio alternativo en el que expresa su apoyo a su fortalecimiento tanto en el Sur como en el Norte. Dos años más tarde, en 1996, el Comité Económico y Social emite un Dictamen sobre el movimiento de etiquetado del comercio justo en Europa (CES 538/96 E/as), valorando positivamente el desarrollo de estas iniciativas y solicitando a la Comisión la creación de una línea presupuestaria dedicada a apoyar a las actividades de comercio justo. Esta petición fue reiterada posteriormente en el *Informe Fassa* sobre comercio justo, aprobado por el Parlamento Europeo en 1998 (Documento PE A4-0198/98, PE 225.945), en el que se presentan, asimismo, varias propuestas para nuevas actuaciones de la Comisión en su apoyo.

³⁶ A6-0207/2006.

d) transparencia y rastreabilidad en toda la cadena de abastecimiento, a fin de garantizar una información adecuada al consumidor,

e) unas condiciones de producción que respeten los ocho convenios fundamentales de la OIT,

f) el respeto del medio ambiente, la protección de los derechos humanos, en particular de los derechos de las mujeres y los niños, así como el respeto de los métodos de producción tradicionales que favorezcan el desarrollo económico y social,

g) programas de desarrollo de capacidades y capacitación para los productores, en especial para los pequeños y productores marginales de los países en desarrollo, para sus organizaciones y para sus respectivas comunidades, a fin de garantizar la sostenibilidad del comercio justo,

h) el respaldo a la producción y la entrada al mercado de las organizaciones de productores,

i) actividades de sensibilización sobre la producción y las relaciones comerciales en el marco del comercio justo, su misión y sus objetivos, y sobre la injusticia reinante en las normas del comercio internacional,

j) el seguimiento y la verificación del cumplimiento de estos criterios, en cuyo marco debe corresponder un importante papel a las organizaciones del hemisferio sur, con miras a una reducción de costes y una mayor participación de las mismas en el proceso de certificación,

k) evaluaciones de impacto periódicas sobre las actividades relacionadas con el comercio justo.»³⁷

Delimitado y definidos los caracteres esenciales del comercio justo, defiende el papel fundamental que cabría corresponderle desde una doble vertiente. De un lado, su contribución a la expansión de la responsabilidad social de la empresa y, por ende, al reforzamiento de las normas sociales y medioambientales vigentes³⁸; de otro, señaladamente, su posible interacción con la política y la normativa comunitaria aplicable en materia de contratación pública. Y así, en relación con esta última perspectiva, «pide a las autoridades públicas europeas que integren criterios de comercio justo en sus licitaciones públicas y sus políticas de compra y pide a la Comisión que favorezca esta práctica con directrices para la compra de productos de comercio justo, entre otros medios»³⁹, «recuerda que las entidades públicas territoriales invierten en gran medida en los mercados de productos, y les pide que, en sus licitaciones, presten una atención especial a los productos del comercio justo»⁴⁰ y «celebra los crecientes esfuerzos del Parlamento Europeo, en particular por ofrecer productos de comercio justo, y subraya que todas las instituciones de la Unión Europea deberían usar productos de comercio justo en sus servicios internos»⁴¹.

³⁷ Apartado 2 de la Resolución.

³⁸ Apartado 25.

³⁹ Apartado 22.

⁴⁰ Apartado 23.

⁴¹ Apartado 24.

Se plasma así por primera vez en un documento oficial y con claridad meridiana la reivindicación de que la licitación contractual del sector público, tanto europeo como de los distintos Estados miembros, tome en consideración criterios y productos de comercio justo, erigiendo de esta forma a la contratación pública en un medio o instrumento para la consecución de un fin ulterior, y no tanto en un fin en sí mismo.

Y, sin embargo, pese a la conminación del Parlamento Europeo, el papel de las instituciones comunitarias en el desarrollo de estos objetivos y la interiorización de los fines del comercio justo ha sido sumamente dispar. Frente al impulso decidido del Parlamento, la Comisión Europea se ha mostrado más reticente al desarrollo de una política y normativa comunitaria en la materia, guardando silencio al respecto desde el año 1999 hasta 2009, año en que, al fin, aprueba con fecha de 5 de mayo una nueva Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo bajo el título *Contribución al desarrollo sostenible: el papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial*⁴².

Presenta la evolución y los avances habidos durante la última década en materia de comercio justo no solo en el ámbito internacional, sino, de forma más específica, en el de la Unión Europea y sus Estados miembros, haciéndose eco del crecimiento de sus ventas en el ámbito comunitario, hasta el punto de que en 2009 entre el 60 y el 70 por 100 de las ventas mundiales procedentes del comercio justo se destinaron a la Unión Europea. Sobre su posible vinculación a la licitación pública, destaca que constituye un mercado estratégico fundamental, en cuanto el gasto de los poderes públicos a través de la contratación pública representaba ya, por esas fechas, una cantidad equivalente al 16 por 100 del PIB de la Unión Europea⁴³, por lo que recomienda, en fin, que los procedimientos contractuales del sector público se orienten en mayor medida hacia los principios del desarrollo sostenible y, en concreto, a los criterios de sostenibilidad habitualmente aplicados, en su triple faceta, en definitiva, de desarrollo económico, ambiental y social.

Y así, si bien se refiere al comercio justo y a su promoción, reconduce de forma prioritaria su interacción con la política y normativa de contratación pública al ámbito concreto de la contratación pública ecológica y social, aspectos a los que la Comisión ya venía dedicando esfuerzos importantes, que no se limitan o centran tanto en las relaciones comerciales Norte-Sur como, de forma más amplia, en la promoción a través de los procedimientos de licitación y adjudicación contractual del sector público de unos niveles o estándares más elevados de protección ambiental y social acordes con los objetivos de desarrollo sostenible.

En efecto, frente a la referencia más genérica e imprecisa acerca de que sería «preciso tener en cuenta los criterios de comercio justo en las ofertas públicas», la Comisión había aprobado ya el 16 de julio de 2008 una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa a una contratación pública más ecológica⁴⁴, que habría

⁴² COM (2009) 215 final.

⁴³ Cantidad que la Comisión Europea eleva al 17 por 100 en la guía aprobada en octubre de 2010, *Buying social: a guide to taking account of social considerations in public procurement* [SEC (2010) 1258, final].

⁴⁴ COM (2008) 400 final.

de desembocar con el tiempo en la actualización por la Comisión de la guía *Buying Green! A handbook on green public procurement*⁴⁵, encontrándose por aquel entonces en vías de preparación una guía similar para la contratación pública social sobre la base de la anterior Comunicación interpretativa de 15 de octubre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos⁴⁶, finalmente aprobada en octubre de 2010 bajo el título *Buying social: a guide to taking account of social considerations in public procurement*⁴⁷.

La Comunicación de 2009 concluye, en consecuencia, subrayando «el interés de proporcionar orientaciones a los organismos de contratación pública para ayudarlos a conseguir que sus decisiones contribuyan plenamente al desarrollo sostenible», haciendo hincapié en que «un órgano de contratación que tenga intención de comprar mercancías con garantía de sostenibilidad solo debe utilizar criterios vinculados al asunto de su compra y cumplir las demás normas pertinentes de contratación pública de la Unión Europea», debiendo «permitir siempre a los licitadores demostrar el cumplimiento de estas normas utilizando etiquetas de comercio justo u otros justificantes».

Se pronuncia así con firmeza acerca de la necesidad de respetar la legislación comunitaria vigente en materia de contratación pública, admitiendo la posible articulación, no obstante, de ciertas prácticas favorables o tendentes a una mayor sostenibilidad y al apoyo del comercio justo, pero sin que impliquen una restricción indebida o excesiva de la libre competencia o del mercado único. Haciéndose eco de nuevas prácticas de licitación pública en las que se incluyen objetivos sostenibles o el comercio justo, condena la práctica de algunos Estados miembros que han ido más allá en su celo por favorecer estos objetivos exigiendo específicamente la etiqueta de comercio justo o su equivalente. No en vano recuerda que la normativa europea aplicable a la contratación pública impide exigir etiquetas específicas de naturaleza alguna, por cuanto limitaría el acceso al procedimiento de licitación de productos que no estuvieran certificados como tales pero que cumplieran normas o criterios similares⁴⁸.

De esta forma, si el órgano de contratación tiene la intención de adquirir mercancías de comercio justo, tiene la posibilidad de definir en las especificaciones técnicas del suministro los criterios de sostenibilidad pertinentes, que deben ir vinculados al objeto contractual y cumplir el resto de las normas aplicables de la Unión Europea, incluidos los principios básicos de igualdad de trato y transparencia, refiriéndose a las propias características de los productos o a su proceso de producción⁴⁹.

⁴⁵ Publicada por primera vez en 2004, su segunda edición ve la luz en septiembre de 2011.

⁴⁶ COM (2001) 566 final.

⁴⁷ SEC (2010) 1258, final.

⁴⁸ *Vid.*, a este respecto, sobre los aspectos sociales en la contratación pública a la luz de las Directivas comunitarias, el camino recorrido hasta la aprobación de las Directivas de 2004 y las cuestiones aún pendientes al respecto, T. MEDINA ARNÁIZ, «La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *REDA*, núm. 153, 2012, págs. 213 y ss.

⁴⁹ Resulta meridianamente clara a este respecto la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, referida, entre otras cuestiones, a la utilización de distintas etiquetas aplicables a los productos procedentes de la agricultura ecológica y del comercio justo para la formulación de especificaciones técnicas y criterios de adjudicación aplicables a un contrato público de suministro y mantenimiento de máquinas expendedoras de café, cuando concluye, en su apartado 70, que «al exigir en el pliego de condiciones que determinados productos que se suministraran estuvieran

No debe limitarse a requerir una etiqueta concreta incluyéndola en las especificaciones técnicas de sus compras, sino que debe fijarse más bien en los subcriterios que constituyen la base para su otorgamiento y adoptar exclusivamente los que sean pertinentes al objeto de su compra, permitiendo a los licitadores demostrar su cumplimiento y observancia mediante los justificantes que pudieran considerar más oportunos⁵⁰.

Los criterios de naturaleza ambiental y social pueden ser incorporados, además, como cláusulas de ejecución, siempre que estén ligados de forma estricta a la ejecución contractual y cumplan el resto de los requisitos mencionados para las especificaciones técnicas. Se abre con ello la puerta a una mayor presencia de estas consideraciones no solo en el procedimiento inicial de licitación y adjudicación, sino en la fase posterior de ejecución y cumplimiento del contrato público en cuestión.

Pese a todo, no cabe duda alguna que la Comunicación supone un paso importante en cuanto a la promoción y el fomento del comercio justo y su interpenetración con la política y normativa comunitaria en materia de contratación pública. Así se desprende, en particular, de las conclusiones alcanzadas por el Consejo de Ministros de asuntos exteriores, celebrado en Bruselas el 17 de noviembre de 2009, en relación con la coherencia de la política comunitaria en materia de cooperación al desarrollo⁵¹.

Su aprobación fue acogida, asimismo, con especial satisfacción por el Comité de las Regiones, que aborda su análisis pormenorizado en su Dictamen al respecto, de 10 y 11 de febrero de 2010⁵², sugiriendo la elaboración de una estrategia europea del comercio justo para los entes locales y regionales, acompañada de un plan de acción, que garantice el respeto de criterios medioambientales y sociales. Recuerda, en este sentido, que las normas más recientes en materia de contratación pública, actualmente en vigor, son ya bastante complejas, ocasionando dificultades a muchos entes territoriales en su aplicación.

De ahí su recomendación anterior, así como la solicitud a la Comisión de que defina orientaciones claras y precisas que los entes locales y regionales puedan utilizar en el marco de las licitaciones relativas a productos de comercio justo. Sugerencias no solo bien recibidas, sino expresamente compartidas y reivindicadas de nuevo por el Parlamento Europeo en su Resolución de 18 de mayo de 2010, sobre la evolución más reciente en materia de licitación y contratación pública⁵³.

provistos de una determinada etiqueta ecológica, en lugar de utilizar las especificaciones detalladas definidas en dicha etiqueta ecológica, la provincia de Holanda Septentrional formuló una especificación técnica incompatible con el artículo 23, apartado 6, de la Directiva 2004/18».

⁵⁰ Se trata, en definitiva, de incorporar cláusulas sociales o ambientales vinculadas a los criterios de comercio justo, al procedimiento de selección y adjudicación contractual, en cumplimiento de lo que EFTA, *Buying Fair Trade. European Model on Fair Trade Public Procurement*, 2010, págs. 11 y ss., ha etiquetado como «modelo conservador» de licitación contractual al amparo de las Directivas europeas vigentes.

⁵¹ Se compromete, en particular, a poner mayor énfasis sobre «emerging issues of importance for sustainable development such as the promotion of core International Labour Organization (ILO) labour standards and the decent work agenda, Multilateral Environment Agreements, Corporate Social Responsibility, and Fair Trade initiatives and other nongovernmental trade-related sustainability assurance schemes».

⁵² RELEX-IV-026, 83º Pleno.

⁵³ *European Parliament Resolution of 18 May 2010 on new developments in public procurement* [P7_TA (2010) 0173].

2. El fomento de la compra pública ética por el ordenamiento jurídico español

A) La responsabilidad social de la contratación pública y la compra pública ética

Se ha hecho referencia *supra* a la trascendencia en términos cuantitativos de la contratación pública desde una perspectiva estrictamente comunitaria. El discurso resulta plenamente aplicable al ámbito español, donde la contratación del sector público representa en torno al 16 por 100 de nuestro PIB, alcanzando en algunos Estados de la Unión Europea hasta el 20 por 100 de su PIB respectivo⁵⁴.

Ahora bien, la auténtica significación de la contratación pública no se encuentra tanto en su repercusión económica, que también, como en su importancia desde una perspectiva propiamente cualitativa. No cabe ignorar que el sector público es el destinatario de las principales y más eminentes obras, servicios y suministros que se contratan en nuestra economía. Es precisamente por esta razón que la capacidad de compra de nuestras entidades públicas se erige en auténtico poder conformador de la realidad socioeconómica, a través del que cabe orientar o influir sobre determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes⁵⁵. No en vano, quienes quieran acceder a los procedimientos de licitación pública y resultar, finalmente, adjudicatarios de un contrato público, deben cumplir forzosamente con las condiciones y exigencias predefinidas de antemano por las entidades adjudicatarias.

Se ha referido a esta cuestión de forma expresa la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Aragón, que en su Informe 17/2008, de 21 de julio⁵⁶, subraya cómo «la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas [...]. 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.»

⁵⁴ Recoge estos datos M.Á. BERNAL BLAY, «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», en J.M.^a GIMENO FELIÚ (ed.), *El Derecho de los contratos del sector público*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2008, pág. 212. En esta misma línea, la Guía IDEAS, BAKEAZ y EMAÚS, *La compra pública en las Administraciones públicas vascas con una visión Norte-Sur*, 2011, pág. 15, cifra las compras públicas entre un 16 y un 18 por 100 del PIB en el ámbito europeo, fijando el porcentaje en un 17 por 100 para el español. Porcentaje incrementado, a su vez, por C. MOLINA NAVARRETE, «Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *op. cit.*, pág. 5, hasta el 25 por 100.

⁵⁵ Reforzando o fomentando ciertos comportamientos, determinadas previsiones, que si bien no resultan imposiciones coactivas de nuestro ordenamiento jurídico, son consideradas, sin embargo, recomendables o convenientes por nuestros poderes públicos. *Vid.*, a este respecto, J.F. MESTRE DELGADO, «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», *REAL*, núm. 291, 2003, pág. 707. De esta forma la contratación pública se instituye, en expresión de D. MARTÍNEZ FONS, «Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública», *Documento de trabajo 153/2009*, Fundación Alternativas, 2009, pág. 7, en «potestad jurídica al servicio de fines de interés general».

⁵⁶ Citado a estos efectos por M.Á. BERNAL BLAY, «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *op. cit.*, pág. 213.

Las ventajas de la orientación de la contratación del sector público hacia la compra y contratación responsable en pos de otros objetivos relacionados con las políticas públicas de fomento del desarrollo sostenible y el bienestar social, han sido subrayadas explícitamente, entre otros muchos documentos y contribuciones, por la guía recientemente adoptada desde la particular perspectiva vasca, si bien fácilmente extrapolable, como se comprende, al conjunto de los poderes públicos españoles en buena parte de sus conclusiones, *La compra pública en las Administraciones públicas vascas con una visión Norte-Sur*, en la que se sostiene elocuentemente, que:

«Mediante esta transformación de los procesos de compra y contratación, las Administraciones públicas dan coherencia a la gestión de los recursos públicos, logran un mayor impacto y efectividad en la aplicación de las políticas públicas y se convierten en un referente de consumo responsable para la sociedad, contribuyendo con ello a la adecuación de la actividad de los agentes económicos y sociales a los nuevos desafíos del siglo XXI, como el cambio climático o el aumento de la pobreza, convirtiéndolos en parte de la solución.

Por último, para las empresas puede representar una oportunidad de conferir un mayor grado de transparencia y responsabilidad a su actividad, así como apostar por medidas de investigación, desarrollo e innovación que aumenten su competitividad, aprovechando la ventaja competitiva que ofrece el nuevo nicho de mercado de la "sostenibilidad" que actualmente se encuentran en plena expansión; desde un ámbito local, podemos señalar que en base a esta afirmación, la puesta en práctica de una contratación pública sostenible puede ayudar a un desarrollo local duradero, equilibrado con el medio ambiente y con mayor cohesión social.»

Tal utilización de la contratación pública al socaire de la satisfacción de ulteriores objetivos socioeconómicos, así, por ejemplo, un mayor bienestar social o respeto al medio ambiente, la promoción del progreso científico-tecnológico, etc., deberá partir, en todo caso, del respeto a los condicionantes y requerimientos que imponen de forma preceptiva a las entidades contratantes del sector público las Directivas comunitarias y, en particular, por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). Y es que el sector público, a diferencia del estrictamente privado, no resulta absolutamente libre para contratar, sino que se encuentra condicionado a la selección e identificación de la «oferta económicamente más ventajosa», expresión que no tiene por qué remitir a la proposición que implique una mayor ventaja económica stricto sensu, sino que puede dar lugar a la admisión, apreciación y evaluación, como así lo ha sancionado la jurisprudencia comunitaria, de otras ventajas económicas indirectas para con el objeto del contrato pero directas para con los fines perseguidos por el sector público⁵⁷.

Así lo reconoce también, como no podía ser de otra manera, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que da carta de naturaleza a la convivencia en el marco normativo aplicable a

⁵⁷ *Vid.*, en tal sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, *Concordia Bus Finland*, que admite la valoración, como criterio de adjudicación del proceso de licitación del contrato para la adquisición de autobuses para la prestación del servicio público de transporte en la ciudad de Helsinki, de la menor cantidad de emisión de CO₂ de los vehículos a la atmósfera. Cfr. M.Á. BERNAL BLAY, «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *op. cit.*, págs. 212 y ss.

la contratación pública de objetivos diversos, subordinados, eso sí, en última instancia, a aquellas garantías mínimas que, procedentes de las Directivas comunitarias, son incorporadas, reforzadas y desarrolladas después por nuestro ordenamiento jurídico interno. Y así, sostiene en su Sentencia 141/1993, de 22 de abril, que «la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas»⁵⁸.

La valoración del alcance concreto de cada uno de los objetivos enunciados, a fin de garantizar su adecuada coexistencia y compatibilidad, remite a una ardua valoración y, en definitiva, a la procura de un equilibrio igualmente difícil, sumamente complejo, por cuanto no cabe olvidar que la contratación del sector público no se encuentra diseñada, en sus orígenes, para la consecución inmediata de fines sociales, sino, fundamentalmente, para alcanzar objetivos de eficacia y eficiencia económica, por lo que la posible acogida de otras consideraciones, fines y objetivos ajenos, si bien atendible, puede no resultar siempre idónea, exigiendo, en estos casos, una incorporación reflexionada, tasada y cuidadosamente adaptada a las exigencias irrenunciables de transparencia y no discriminación que presiden la normativa vigente en materia de contratación pública.

B) La concreción por la legislación española de la incorporación de criterios éticos en los procedimientos de contratación del sector público

a) Advertencia preliminar sobre la confusión terminológica en relación con la contratación pública socialmente responsable

El análisis y la reflexión sobre la que se ha dado en tildar de compra pública ética exige partir, en primer lugar, de una cuestión previa, cual es la determinación, desde la perspectiva terminológica, de lo que entendemos en sentido estricto por tal, así como su distinción, si es que existe, con otros términos próximos con los que tiende a intercambiarse y a emplearse en los últimos tiempos de forma indistinta, entre otros, contratación o compra pública responsable o sostenible, social, verde o ambientalmente responsable.

En realidad, la expansión en los últimos años de la responsabilidad social corporativa desde el sector de la empresa privada, en el que hunde originariamente sus raíces, al de las entidades sin ánimo de lucro e, incluso, al propio ámbito de las Administraciones públicas, ha llevado a extender sus requerimientos y exigencias esenciales también a la actuación pública y, de forma más concreta, a los procedimientos de contratación iniciados por las diversas entidades integrantes del sector público⁵⁹. Se habla así, a este respecto, de contratación o compra pública responsable en cuanto aquella

⁵⁸ FJ 5.

⁵⁹ De acuerdo con la ISO 26.000 la responsabilidad social se define como la responsabilidad de una organización ante los impactos que sus decisiones y actividades ocasionan en la sociedad y el medio ambiente, mediante un comportamiento ético y transparente que contribuya al desarrollo sostenible, incluyendo la salud y bienestar social, tome en consideración las expectativas de las partes interesadas, cumpla con la legislación aplicable y sea coherente con la normativa internacional, y esté integrada, en fin, en toda la organización, llevándose a la práctica en sus relaciones e interacciones.

que promovida por el sector público aspira, en definitiva, entre sus objetivos mediatos, al impulso y fomento por el contrato público correspondiente de una mayor responsabilidad ética, social o medioambiental. Estos últimos se erigen así, en definitiva, en los tres frentes fundamentales en que se manifiesta propiamente la nueva corriente favorable a la «responsabilidad social» de los procesos de contratación sustanciados por las entidades del sector público; tres vertientes, en fin, de una misma realidad, esto es, la compra o contratación pública responsable o sostenible⁶⁰.

De esta forma, la etiqueta referida a la «contratación o compra pública ética» debiera quedar circunscrita de forma estricta a los contratos públicos –en especial, aunque no solo, a los de obras, suministro o servicios–, que introduzcan en algún estadio de su procedimiento contractual la valoración o exigencia de criterios éticos relativos al cumplimiento de determinadas convenciones o pautas internacionales⁶¹, como son, por ejemplo, los estándares, en particular, del comercio justo, relativos, de forma un tanto genérica, al respeto de unas condiciones laborales dignas, de unos salarios mínimos, de los derechos esenciales de los trabajadores o a la erradicación de la explotación infantil⁶².

La expresión «compra pública social» tomaría en consideración, por su parte, aspectos más concretos e inherentes al desarrollo de políticas sociales stricto sensu, como son, entre otros, la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la subcontratación con empresas de inserción o con centros especiales de empleo.

La «compra pública ambientalmente responsable» remitiría, en fin, a la contratación de productos, servicios u obras en función no solo de sus condiciones económicas o técnicas, sino del comportamiento ambiental que cabe esperar que manifiesten a lo largo de todo su ciclo de vida, así, en concreto, el comportamiento ambiental del proveedor o fabricante en el ejercicio de su actividad económica, los métodos y procedimientos productivos empleados en la propia ejecución del objeto contractual o, en fin, los impactos finales que cabe esperar del uso de los productos usados o adquiridos a resultados del proceso de contratación⁶³.

Pero, ¿cómo introducir tales criterios éticos, sociales y ambientales en la contratación pública? ¿Cómo asegurar la responsabilidad y sostenibilidad tanto en la adjudicación del contrato como en su ejecución posterior? No hay duda que la licitación contractual plantea un primer interrogante

⁶⁰ Vid. a estos efectos, por todos, el argumentario de la compra pública sostenible que ofrecen S. LESMES ZABALEGUI y L. RODRÍGUEZ ZUGASTI, *Guía de contratación pública sostenible. Incorporación de criterios sociales*, IDEAS y CRANA, 2008, pág. 11. Asimismo, sobre lo que ha de entenderse por contratación pública socialmente responsable, T. MEDINA ARNÁIZ, «La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *op. cit.*, págs. 216 y ss.

⁶¹ En concreto, sobre la «presión» del mercado global y la «normalización internacional» de los sistemas de gestión socialmente responsable, vid. C. MOLINA NAVARRETE, «Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *op. cit.*, págs. 12 y ss.

⁶² Cabría añadir otros más concretos derivados de la filosofía inspiradora del comercio justo. Así, por ejemplo, criterios relacionados con la pérdida de los medios de vida y riesgo para la soberanía alimentaria o la vulnerabilidad y escaso poder de negociación de los potenciales productores.

⁶³ Ofrece una visión general del esfuerzo realizado, en este sentido, por las Administraciones públicas vascas para la clarificación de esta cuestión terminológica y la implementación de una contratación pública responsable desde esta triple perspectiva ética, social y ambiental, IDEAS, BAKEAZ y EMAÚS, *La compra pública en las Administraciones públicas vascas con una visión Norte-Sur*, *op. cit.*

fundamental al respecto, en la medida en que presupone la articulación y el desarrollo de cauces administrativos concretos que habrían de permitir, finalmente, un mayor aprovechamiento de los recursos y las capacidades de que dispone el sector privado para abordar la realización del interés general y de los objetivos y fines públicos perseguidos con la introducción de tales criterios.

Corresponde un papel fundamental, en este sentido, a las propias Administraciones públicas, de cuyo trabajo habrá de depender el fomento, la adecuada utilización y el mayor provecho público de esta posibilidad. Y así, se plantean, desde la perspectiva aquí estudiada, dudas e incógnitas concretas sobre la conveniencia y posibilidad de incluir exigencias éticas, sociales y ambientales no solo como posibles criterios de selección y/o adjudicación del contrato público, sino, incluso, como cláusulas contractuales de obligatorio cumplimiento por quien resulte ser, en última instancia, el contratista adjudicatario.

b) Metodología para la contratación pública responsable desde una perspectiva ética: vías instauradas por el legislador español para garantizar la implementación del comercio justo en los contratos públicos

Reviste una importancia capital la función evaluadora de la Administración pública competente respecto de la responsabilidad social de la contratación pública durante la fase correspondiente a la selección y adjudicación contractual, en cuanto le corresponde adoptar medidas que garanticen una concurrencia realmente efectiva, evitando que el número inadecuado de participantes pueda desembocar, de un lado, en una posición de dominio prácticamente monopolístico de un aspirante concreto, por la existencia de un número excesivamente reducido de potenciales interesados legitimados para intervenir, o, de otro, en el efecto justamente contrario, llegando la afluencia excesiva de licitadores a desincentivar la toma en consideración de cuestiones éticas, sociales o ambientales⁶⁴.

Recae también sobre la entidad pública contratante la fundamental tarea de la identificación y definición previa de criterios objetivos para la adjudicación contractual. Una medida que contribuye, asimismo, a promocionar y garantizar la concurrencia y la competitividad en la licitación. Y es que la incertidumbre del sector privado sobre los factores a valorar por la Administración en su consideración de las ofertas presentadas por los licitadores interesados, le impediría asumir los riesgos y costes que implica la presentación de su propuesta, lo que supondría, sin lugar a dudas, una pérdida considerable desde la perspectiva de la satisfacción del interés general.

Ahora bien, qué duda cabe que resulta también necesaria, y sin duda trascendental, la fase posterior a la adjudicación del contrato, esto es, la propia ejecución del objeto contractual, por cuanto la definición realizada inicialmente por la entidad contratante de las condiciones que habrán de pautar el cumplimiento del contrato redundará, indudablemente, en la exigencia de determinados comportamientos al contratista, contribuyendo a la satisfacción de aquellos fines éticos perseguidos en relación con el movimiento y la filosofía del comercio justo.

⁶⁴ Sobre la importancia de articular un procedimiento de adjudicación que garantice una concurrencia real, *vid.* P. BLANCHARD, «Competition and modern concessive clause projects», *IBLJ*, núm. 4, 2003, págs. 383 y ss.

a) La selección del contratista y adjudicación contractual

El régimen contractual de nuestras Administraciones públicas presenta modulaciones que contribuyen a diferenciarlo notablemente del establecido por el Derecho común. Estas especialidades son el resultado de una «doble exigencia». De un lado, «las peculiaridades de la Administración como organización pública», y de otro, «su "giro o tráfico" peculiar y propio». A las primeras se debe el establecimiento de una serie de reglas sobre la formación del contrato, preceptivas para la totalidad de los contratos en que interviene la Administración y fundamento, por tanto, de la apreciación de cuestiones separables respecto a la regulación, pública o privada, del fondo del contrato; manifestándose lo segundo en la vigencia de reglas especiales para la ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos *stricto sensu*⁶⁵.

No en vano corresponde a la Administración pública, en virtud del artículo 103.1 de la Constitución, servir «con objetividad los intereses generales», lo que exige, desde la perspectiva de este estudio, tomar en consideración las necesidades públicas que dan origen a la celebración del contrato, procurando su satisfacción de la forma más adecuada y menos gravosa al interés general⁶⁶.

La Administración contratante debe sopesar, en consecuencia, las ofertas realizadas por los licitadores interesados, garantizando la idoneidad del adjudicatario final desde una perspectiva no solo económica sino también de interés general. Debe procurar, en definitiva, el precio más bajo para el contrato, si bien dentro de unas condiciones que permitan asegurar su ejecución y la satisfacción, por tanto, del interés público que con su celebración se pretende cubrir. Todo ello de acuerdo con los fines propuestos por la normativa reguladora de la contratación pública, que cabe deducir del propio articulado del TRLCSP y que han sido sintetizados básicamente en los de «protección y promoción del interés público, garantía de la libre concurrencia y no discriminación, adjudicación al licitador idóneo que realice la oferta económica más ventajosa y aseguramiento del cumplimiento del contrato»⁶⁷.

a'.1) El trámite de la selección de los licitadores

Corresponde un papel fundamental, en este sentido, al trámite de la selección de los contratistas⁶⁸. El Título II del Libro I del TRLCSP dispone los requisitos que deben cumplir aquellos que deseen contratar con la Administración, estableciendo su artículo 54 un auténtico derecho a tomar parte en

⁶⁵ *Vid.* al respecto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1997, Tomo I, págs. 696 y ss.

⁶⁶ J.A. MORENO MOLINA, «Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos», *Noticias de la UE*, núm. 198, julio 2001, pág. 55, subraya la caracterización de los contratos administrativos por el Tribunal Supremo como «negocios jurídicos con una finalidad orientada a la consecución del interés general», entre otras Sentencias, en las de 4 de mayo de 1968 y 28 de febrero de 1989.

⁶⁷ J.M.^a ROJÍ BUQUERAS, «Los grupos de empresas en la contratación pública», *CAP*, núm. 36, noviembre 2004, pág. 34.

⁶⁸ Así lo ha subrayado el Consejo de Estado, en su Dictamen 1270/1993, de 1 de diciembre, a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

el proceso de selección a favor de quienes reúnan las condiciones exigidas, de acuerdo siempre con los principios proclamados por el artículo 139 y recibidos directamente del Derecho comunitario⁶⁹.

Así, dispone el artículo 54.1 del TRLCSP, en su primer párrafo, que «podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas».

De esta forma se establece un primer filtro orientado a contrastar objetivamente y a asegurar, mediante la aplicación de los criterios de selección correspondientes, que aquellos que concurren a la licitación contractual tienen la capacidad subjetiva adecuada y suficiente, especialmente económica, financiera y técnica o profesional, para abordar con garantías la ejecución del contrato⁷⁰, dentro siempre del respeto a los principios de transparencia, concurrencia, igualdad y no discriminación, exigidos por el artículo 139 del TRLCSP⁷¹.

En cualquier caso, del enunciado del artículo 54 del TRLCSP, se desprende que tienen derecho a concurrir a la licitación del contrato público todas las personas físicas y jurídicas, nacionales o extranjeras, que cumplan tres condiciones esenciales, dos de ellas positivas y una negativa⁷²:

a) Tener plena capacidad de obrar. La legislación vigente en materia de contratación administrativa no hace referencia expresa a la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. No obstante, aunque guarda silencio sobre la primera, no cabe sino considerar la personalidad como presupuesto inexcusable de la capacidad de obrar.

Así lo afirma la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 54/96, de 18 de octubre, a la luz de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, en combinación con los de las Leyes reguladoras de las distintas personas jurídicas. Profundiza posteriormente en esta línea el Informe 56/97, de 2 de marzo, en el que se afirma contundentemente que «la legislación de contratos de las Administraciones públicas no contiene una regulación detallada

⁶⁹ V. MANTECA VALDELANDE, «El derecho a ser contratista», *CAP*, núm. 40, marzo 2005, págs. 33 y ss., profundiza en el estudio de este derecho para concluir que «no estamos ante un derecho a contratar», sino «ante un derecho a participar en los procedimientos y formas de selección de contratistas, que es algo muy distinto», ya que tan solo garantiza «ser aspirante o candidato a contratista, siempre que reúna las condiciones de capacidad exigidas legalmente en cada supuesto».

⁷⁰ En idéntico sentido, J.M.^º FERNÁNDEZ ASTUDILLO, *Contratación administrativa, op. cit.*, pág. 167, para quien la finalidad de los criterios de selección no es otra que «definir las reglas de apreciación objetiva de la capacidad subjetiva de los licitadores».

⁷¹ Sobre los principios rectores de la contratación administrativa en el Derecho español, su ámbito de aplicación e interpretación jurisprudencial, *vid.* M. SASTRE BECEIRO, R. ARIÑO SÁNCHEZ y J.L. VILLAR EZCURRA, «Artículo 11. Requisitos de los contratos», *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo I, Comares, Granada, 2002, págs. 590 y ss.

⁷² Ofrece una breve exposición de las formas de acreditación documental de estos requisitos, M. DE ORO-PULIDO, «Introducción. Requisitos para contratar. Requisitos de contratación con la Administración. Selección de contratistas y formas de adjudicación: procedimiento abierto y procedimiento restringido y negociado», *IV Coloquio Italo-Español. Contratos, adjudicaciones y concesiones de la Administración pública*, Tribunal Supremo, Madrid, 2002, págs. 268 y ss.

del requisito de la personalidad o capacidad jurídica, por considerarla presupuesto de la capacidad de obrar que, en el aspecto de su acreditación, se regula en el artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

Entiende, por tanto, que el precepto contiene «el principio general de que pueden contratar con la Administración las personas naturales y jurídicas, con lo que, expresamente, viene a establecer el requisito de la personalidad o capacidad jurídica y permite afirmar que los empresarios, por tanto también los profesionales, pueden contratar con la Administración cuando sean personas naturales o físicas y cuando sean personas jurídicas y cumplan los requisitos en cada caso establecidos para adquirir personalidad (sociedades mercantiles, sociedades civiles, asociaciones y fundaciones) y que, por el contrario, la falta de personalidad impide celebrar contratos con la Administración a otras figuras jurídicas como la constituida por la comunidad de bienes».

La capacidad jurídica se manifiesta así, por tanto, en requisito indispensable para erigirse en licitador, en cuanto presupuesto necesario, a su vez, de la capacidad de obrar que exige el TRLCSP. Tan solo caben al respecto aquellas excepciones que pudiera contemplar expresamente una disposición con rango legal, como sucede con el propio artículo 59.1 del TRLCSP, que admite la contratación pública con «uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación a su favor», careciendo, por tanto, de personalidad jurídica en el momento de ser aceptadas al procedimiento de selección como contratistas potenciales.

Por otra parte, la regulación general de la capacidad de obrar está recogida, en primer lugar, en el Código Civil, que la reconoce tanto a las personas físicas, en sus artículos 29 y siguientes, como a las jurídicas, artículos 35 y siguientes, concretándose, además, la capacidad de estas últimas en sus legislaciones y normas respectivas.

Junto a lo dispuesto a este respecto por la normativa civil y mercantil, el artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que «tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación está permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacidad afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.»

De esta forma, y como primer requisito subjetivo para poder contratar con la Administración, toda persona, tanto física como jurídica, debe contar con personalidad jurídica y capacidad de obrar, exigiéndose la acreditación documental de este último extremo y, respecto a las personas jurídicas, conforme al artículo 57.1 del TRLCSP, de la relación directa entre su objeto social y el objeto contractual sobre el que verse el procedimiento de licitación correspondiente⁷³.

⁷³ Dispone el apartado citado: «Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.»

b) Acreditar su solvencia desde una doble perspectiva, tanto económica y financiera como técnica o profesional, sustituyéndose este requisito por la clasificación cuando fuera exigible esta última.

Los artículos 54 y siguientes del TRLCSP establecen, en síntesis, una doble vía para la justificación de la solvencia de los interesados en contratar con la Administración. De un lado, la acreditación documental de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional; de otro, la sustitución de esta última por el requerimiento, en ciertos casos, de la clasificación del empresario.

Por lo que se refiere a la primera, el artículo 62.2 impone a los órganos de contratación la obligación de precisar en el anuncio de licitación, «los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos», especificando esta información en el pliego del contrato. El artículo 75 establece los medios concretos para la acreditación de la solvencia económica y financiera del empresario, centrándose los artículos 76 a 79 en la documentación de su solvencia técnica o profesional. Previsiones que se completan, además, con lo dispuesto por los artículos 80, sobre acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad, y 81, en relación con el cumplimiento de las normas de gestión medioambiental.

La justificación de la solvencia económica y financiera podrá realizarse por uno o varios de los medios establecidos en el artículo 75, esto es, informe de institución financiera, justificante de seguro de indemnización por riesgos profesionales, cuentas anuales o libros de contabilidad debidamente legalizados, o bien, finalmente, mediante declaración relativa al volumen global de negocios y los trabajos realizados por la empresa en el ámbito de actividades correspondientes al objeto del contrato, referida como máximo a los tres últimos ejercicios⁷⁴. El segundo apartado del precepto contempla, no obstante, la posibilidad de que pueda ser acreditada, además, «por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación» en aquellos casos en que «por una razón justificada, el empresario no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas»⁷⁵.

En cuanto a la solvencia técnica o profesional, varía su modo concreto de acreditación en función del tipo de contrato a celebrar con la Administración. El artículo 76 regula su justificación en los contratos de obras, centrándose el artículo 77 en los de suministro y el 78 en los de servicios. Cierra el sistema, para los restantes contratos, el artículo 79 del TRLCSP.

⁷⁴ Dispone el artículo 75.1 del TRLCSP: «1. La solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:

- a) Declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.
- b) Las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil o en Registro oficial que corresponda. Los empresarios no obligados a presentar las cuentas en Registros oficiales podrán aportar, como medio alternativo de acreditación, los libros de contabilidad debidamente legalizados.
- c) Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.»

⁷⁵ Queda constancia así del «carácter puramente medial o instrumental del catálogo de documentos contenido en el apartado 1», en expresión de A. RUIZ OJEDA *et al.*, *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 157, para quienes este segundo apartado impide «crear barreras artificiales a la libre concurrencia».

Son necesarias dos precisiones fundamentales al considerar la aplicación de estos preceptos a la fase de selección del contratista. En primer lugar, corresponde a la propia Administración contratante determinar los medios que considere más adecuados para la justificación de la solvencia del empresario en cada licitación contractual concreta⁷⁶, sin olvidar, no obstante, que la finalidad última de este proceso de selección no es sino garantizar que los empresarios que concurren a la licitación son capaces de abordar y ejecutar satisfactoriamente el objeto contractual.

Es decir, la regulación de la fase de selección aspira a objetivar el proceso de evaluación, valoración y elección por la Administración de los empresarios subjetivamente más capaces, y en definitiva idóneos, para ser designados, finalmente, adjudicatarios del contrato. Por esta razón, tan solo cabe afirmar un cierto margen de discrecionalidad administrativa en la elección previa de los medios de acreditación a emplear, pudiendo ser uno o varios de los que se establecen en los artículos 76 a 79, en función del tipo de contrato de que se trate⁷⁷. La operación concreta de selección de los empresarios interesados en concurrir a la licitación debe realizarse, precisamente por ello, de la forma más objetiva posible a partir de la aplicación estricta de estos criterios predeterminados por la Administración en el anuncio correspondiente, sin que quepa su apreciación discrecional por parte del órgano de contratación⁷⁸.

En aras de esta objetividad, el artículo 62.2 del TRLCSP exige que los requisitos mínimos de solvencia y la documentación requerida para su acreditación se indiquen en el anuncio de licitación correspondiente, especificándose también en el pliego del contrato y «debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo», sin olvidar, en cualquier caso, que, conforme al apartado primero del precepto citado, la acreditación de las «condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación», podrá ser sustituida por el sistema de la clasificación, «cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta ley»⁷⁹.

En segundo lugar, conviene precisar, además, que en el proceso de selección tan solo cabe evaluar aquellos extremos que tengan una relación directa con las cualidades y la capacidad subjetiva de los potenciales contratistas, no aquellos otros vinculados, por el contrario, con el propio objeto contractual o con su modo de ejecución, por cuanto esta primera fase representa tan solo un estadio

⁷⁶ Si bien con respeto siempre al carácter exhaustivo que corresponde a los listados comprendidos en estos artículos concretos y en aquellos otros de las Directivas europeas de que traen causa, conforme a lo reconocido al efecto por la jurisprudencia comunitaria, en especial, las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de febrero de 1982, asunto *Transporoute*, y de 20 de septiembre de 1988, asunto *Beentjes*. Vid. al respecto, A. RUIZ OJEDA *et al.*, *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, op. cit., págs. 161 y ss.

⁷⁷ Vid. en este sentido el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 1/97, de 20 de marzo.

⁷⁸ Se ha referido a estas cuestiones la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 51/05, de 19 de diciembre. Refrenda, en concreto, el empleo de la experiencia como criterio de solvencia técnica, al amparo de las Directivas comunitarias y de la legislación española en materia de contratación pública, «sin que los elementos de la fórmula propuesta [en el contrato elevado a consulta] puedan considerarse discriminatorios», sino «delimitadores del propio criterio de experiencia». Acepta, en consecuencia, un cierto margen de libertad en función del cual el órgano de contratación administrativa puede limitar la experiencia a los tres últimos años y exigir, como es el caso concreto, dos contratos como mínimo de presupuesto análogo, «aunque, lógicamente, no puedan cumplirse [estos requisitos] por todos los potenciales licitadores». En sentido similar se había pronunciado ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1983, en la que se afirmaba que «el hecho de que en el pliego de cláusulas particulares del concurso, se precisa el criterio a tener en cuenta para posibilitar la adjudicación de la obra no va contra el ordenamiento jurídico, antes por el contrario, señala los límites más convenientes del interés público para la mejor realización de la obra».

⁷⁹ Se volverá brevemente sobre ello *infra*.

previo de identificación y elección de los empresarios considerados a priori más capaces. La diferenciación esencial entre las fases de selección y de adjudicación contractual obedece a esta última distinción entre los ámbitos subjetivo y objetivo; ha sido recogida, a la luz de la legislación vigente en materia de contratación pública, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo español⁸⁰, y desarrollada, asimismo, por la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

No en vano se ha pronunciado esta última en su Informe 13/98, de 30 de junio, a favor de la posible constatación de la experiencia «como medio justificativo de la capacidad y solvencia técnica del empresario», sin que pueda utilizarse, no obstante, «como criterio de adjudicación del concurso», dada la diferenciación que «entre las fases de verificación de aptitud de contratistas y adjudicación del contrato» establecen la normativa comunitaria y la propia legislación nacional en materia de contratación pública⁸¹.

En cualquier caso, la discrecionalidad de la Administración para elegir y concretar los criterios de selección del contratista aplicables a cada caso tiene también límites importantes. El artículo 139 del TRLCSP establece la vigencia de una serie de principios considerados fundamentales en materia de contratación pública, entre los que destacan, muy especialmente, los de igualdad, no discriminación y transparencia.

El propio Tribunal Supremo alerta, desde fechas muy tempranas, de los riesgos de una utilización inadecuada de las facultades, en este ámbito, del órgano contratante. Y así, reconoce, en su Sentencia de 30 de diciembre de 1987, las posibilidades al alcance de la Administración, que «desde luego puede establecer [condiciones o requisitos especiales de selección] al amparo del principio de libertad de pacto que rige en materia de contratación, principio que es de aplicación tanto al contratista, que puede o no formular proposiciones, como a la Administración, que puede establecer unas condiciones especiales que le permitan seleccionar al contratista que considere más idóneo para la ejecución de la obra, sin perjuicio de la evidente desviación que se produciría si la inclusión de esas condiciones especiales no tuviera como finalidad la selección del contratista más adecuado para la ejecución de la obra sino la de alguno o algunos en concreto; la segunda fase, una vez hecha la selección de los contratistas que reúnen las necesarias condiciones, pretende la elección entre ellos de los que oferten las propuestas económicas más favorables».

De ahí que se hayan alzado voces recordando que los criterios de selección deben ponderarse en su conjunto. No son «requisito de capacidad ni su inexistencia una causa de incapacidad», sino

⁸⁰ *Id.* en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988, asunto *Beentjes*, en la que se sostiene al respecto que «la verificación de la aptitud de los contratistas para ejecutar las obras que se han de adjudicar y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes en el contexto de la celebración de un contrato público». Se ha pronunciado sobre la incidencia de esta Sentencia en la aprobación e interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 y su prohibición consiguiente de adoptar la solvencia como criterio de resolución de los concursos, J.M.^a BAÑO LEÓN, «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *RAP*, núm. 151, enero-abril 2000, págs. 34 y ss.

⁸¹ Esta doctrina es confirmada posteriormente por el Informe 22/00, de 6 de julio. El criterio de la experiencia se ha manifestado especialmente problemático y tiene sus peculiaridades propias que han terminado por cristalizar en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de mayo de 2004, en la que, separándose de la línea jurisprudencial tradicional del Alto Tribunal, se entiende que exigir una experiencia mínima para concursar supone una discriminación no tolerada por la legislación de contratos. Esta doctrina resulta «cuanto menos discutible» en opinión de I. GALLEGO CÓRCOLES, «La valoración de la experiencia en los procedimientos de licitación», *CAP*, núm. 51, marzo 2006, pág. 40.

tan solo «criterios integrantes de una de las condiciones legales de capacidad: la solvencia económica, financiera y técnica o profesional». Cada uno de ellos es «un elemento más (no el único)»⁸².

Ahora bien, antes de cerrar la exposición sobre la segunda de las condiciones que es preciso cumplir para contratar con la Administración, se hace necesario retomar la referencia realizada *supra* a la existencia de una doble vía para la justificación de la solvencia de aquellos empresarios interesados en la licitación pública. Además de la acreditación a que se refieren los artículos 76 a 79 del TRLCSP, el artículo 62.1 permite acudir, en ciertos supuestos, a la clasificación del empresario en sustitución de la prueba documental de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional⁸³.

El Tribunal Supremo advierte tempranamente, en su Sentencia de 1 de marzo de 1975, que la exigencia de la previa clasificación «responde al doble designio de constatar la aptitud técnica y financiera de los contratistas en congruencia con la entidad de la obra y prevenir la asunción de compromisos desproporcionados a aquella capacidad técnica y financiera». También el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, afirmando en su Sentencia 141/1993, de 22 de abril, el carácter básico de las normas sobre la clasificación de los contratistas en cuanto «garantizan la correcta aplicación de la Ley en un punto que afecta al principio de igualdad para contratar».

El Libro I del TRLCSP dedica, en este sentido, la Subsección 5.ª del Capítulo II de su Título II a la clasificación de las empresas, estableciendo en su artículo 65 los supuestos concretos de clasificación⁸⁴. Dispone, en particular, que «para contratar con las Administraciones públicas la ejecución de contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado»⁸⁵, exceptuándose expresamente, sin embargo, de su ámbito de aplicación los contratos de servicios comprendidos en los apartados 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II del Texto Refundido⁸⁶.

Impera, no obstante, cierta flexibilidad en la determinación tanto de los supuestos sujetos a clasificación como de los exceptuados de la misma, por cuanto se permite en ciertos casos la amplia-

⁸² V. MANTECA VALDELANDE, «El derecho a ser contratista», *op. cit.*, pág. 43.

⁸³ Este carácter sustitutivo de la clasificación ha sido subrayado por el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 48/96, de 22 de julio, en el que se afirma que «la interpretación correcta de los apartados 1 y 3 del artículo 15 LCAP [actualmente TRLCAP] únicamente puede conducir a la conclusión de que, en los casos en que sea exigible la clasificación, el órgano de contratación no puede exigir a los licitadores otros documentos justificativos de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, porque precisamente la clasificación sustituye a estas justificaciones».

⁸⁴ El artículo 66 dispone, no obstante, que «no será exigible la clasificación a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea, ya concurran al contrato aisladamente o integrados en una unión, sin perjuicio de la obligación de acreditar su solvencia».

⁸⁵ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha encargado de subrayar, entre otros, en sus Informes 41/95, de 21 de diciembre, y 34/02, de 17 de diciembre, la diferencia existente entre los contratos de gestión de servicios públicos y el contrato puro de servicios, en el que «es el contratista el que presta el servicio a la Administración y no a los particulares», sin que pueda «configurarse optativo [en nuestro ordenamiento] el requisito de la clasificación» para los primeros. Son contratos de servicios, conforme al artículo 10 del TRLCSP, aquellos cuyo objeto comprenda «prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro».

⁸⁶ Conforme al artículo 65.2, «la clasificación será exigible igualmente al cesionario de un contrato en el caso en que hubiese sido requerida al cedente».

ción o restricción por Real Decreto de su ámbito inicial de aplicación⁸⁷. Es más, la exigencia inicial de clasificación no es óbice para la adjudicación final del contrato a una persona jurídica que carezca de ella, en cuanto los artículos 65 y 66 del TRLCSP recogen varias excepciones en tal sentido. Por una parte, el artículo 66.2 permite que en supuestos excepcionales y «cuando así sea conveniente para los intereses públicos», se pueda autorizar la contratación con personas que no estén clasificadas⁸⁸. Por otra parte, conforme al artículo 65.4, el órgano de contratación podrá excluir este requisito cuando no haya concurrido ninguna empresa clasificada al procedimiento de adjudicación de un contrato, convocando un nuevo procedimiento y precisando los «medios de acreditación de la solvencia que deban ser utilizados de entre los especificados en los artículos 75, 76 y 78».

La clasificación de las empresas tendrá una vigencia indefinida, conforme al artículo 70, «en tanto se mantengan por el empresario las condiciones y circunstancias en que se basó su concesión». El TRLCSP prevé, asimismo, la revisión de la clasificación, a instancia de los interesados o de oficio por la propia Administración. Se dispone también la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de todos los empresarios que hayan superado su tramitación, pudiendo crear las Comunidades Autónomas sus propios Registros Oficiales al efecto⁸⁹.

c) No estar incurso en ninguna de las prohibiciones de contratar que recoge el artículo 60 del TRLCSP. Este precepto define, de forma negativa o por exclusión, la capacidad moral de los interesados en contratar con la Administración. Se sobrentiende, en aplicación de ciertos criterios objetivos, que en caso de reunir determinadas condiciones de moralidad, al no incurrir en ninguno de los supuestos desgranados por el propio precepto, no cabe «razonablemente poner en duda la honradez y seriedad del contratista»⁹⁰.

Las prohibiciones para contratar que contempla, en tal sentido, el TRLCSP, relacionadas, entre otras materias, con supuestos de quiebra, concurso, insolvencia, falsedad grave, incompatibilidades, condena mediante sentencia firme o sanción con carácter también firme⁹¹, de conformidad con lo

⁸⁷ Conforme al tercer apartado del artículo 65 del TRLCSP, «por Real Decreto podrá exceptuarse la necesidad de clasificación para determinados tipos de contratos de obras y de servicios en los que este requisito sea exigible o acordar su exigencia para tipos de contratos de obras y servicios en los que no lo sea, teniendo en cuenta las circunstancias especiales concurrentes en los mismos».

⁸⁸ Corresponde dicha autorización excepcional al Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el ámbito de la Administración General del Estado y los entes, organismos y entidades de ella dependientes, y a los órganos designados como competentes en el de las Administraciones autonómicas.

⁸⁹ Así lo dispone el artículo 69 del TRLCSP. Sobre la regulación concreta de la clasificación en la legislación de contratación administrativa, *vid.* J. M^o. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, *Contratación administrativa, op. cit.*, págs. 173 y ss.

⁹⁰ J.L. PIÑAR MAÑAS y Á. CANALES GIL, «Artículo 20. Prohibiciones de contratar», en R. GARCÍA MACHO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 149. J.M.^a FERNÁNDEZ ASTUDILLO, *Contratación administrativa, op. cit.*, pág. 141, se ha hecho eco también del fundamento de las prohibiciones, incompatibilidades e incapacidades que establecía el anterior Texto Refundido, que entendiendo derivan «o bien del principio de objetividad con el que debe actuar la Administración Pública [...] y las autoridades y personal a su servicio [...], o bien para contratar con las personas idóneas en aras del interés público que tutelan los entes públicos».

⁹¹ M. DE ORO-PULIDO, «Introducción. Requisitos para contratar. Requisitos de contratación con la Administración. Selección de contratistas y formas de adjudicación: procedimiento abierto y procedimiento restringido y negociado», *op. cit.*, pág. 271, engloba las prohibiciones de contratar en dos grandes grupos, «las que derivan de sanciones, ya sean penales, administrativas o incluso civiles» y, de otra parte, «aquellas otras relacionadas con el incumplimiento de obligaciones administrativas que ponen en cuestión la honorabilidad del contratista». Téngase en cuenta, a los efectos que aquí interesan,

establecido al respecto por las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, se erigen así en garantía de la libre concurrencia y de la no discriminación entre los potenciales contratistas, tratándose, además, de una enumeración tasada que no admite ampliación por el órgano de contratación a través de los pliegos o cláusulas de los contratos al objeto de evitar, precisamente, cualquier parcialidad sobre esta base⁹².

Analizados hasta aquí cada uno de los tres requisitos, dos positivos y uno negativo, exigidos por el TRLCSP para poder contratar con la Administración, así como sus correspondientes implicaciones, no cabe cerrar la exposición sin referirse a una de las dudas más importantes planteadas al hilo de su regulación, esto es, precisamente, si el órgano de contratación es libre o no para introducir nuevas y diversas condiciones de incapacidad en los pliegos de cláusulas administrativas, añadiendo, por tanto, nuevos requerimientos a los contemplados, en este sentido, por los preceptos hasta aquí referidos y examinados de la legislación vigente.

La cuestión enlaza directamente con lo expuesto *supra* sobre la existencia de un cierto margen de discrecionalidad administrativa en la apreciación de la solvencia de los licitadores. Y así, la Administración se encuentra, por lo que a la capacidad de los contratistas se refiere, con un listado taxativo y cerrado, sin que quepa la incorporación a los pliegos de nuevas causas de incapacidad no incluidas en lo dispuesto al efecto por la legislación vigente en materia de contratación pública⁹³. Se busca garantizar con ello, en definitiva, el régimen común del Derecho europeo respecto a las condiciones de acceso a este mercado, dado que «las normas sobre capacidad y solvencia de los contratistas constituyen un instrumento de regulación de los mercados de la contratación administrativa de primera magnitud»⁹⁴.

Son exhaustivos, en particular, los listados comprendidos en los artículos 76 a 79 del TRLCSP, en los que se enumeran los medios susceptibles de ser empleados para la justificación de la solvencia

las prohibiciones de contratar derivadas de los apartados 1 c) y 2 e) del artículo 60, referidas, de un lado, a infracciones graves «en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o por infracción muy grave en materia social [...] o en materia medioambiental», y, de otro, a los supuestos de incumplimiento anterior de «las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 118 [esto es, consideraciones de tipo medioambiental o social], cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo de esta Ley, y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario».

⁹² *Vid.* al respecto, J.L. PIÑAR MAÑAS y Á. CANALES GIL, «Artículo 20. Prohibiciones de contratar», *op. cit.*, págs. 149 y ss., y la jurisprudencia allí citada.

⁹³ *Vid.*, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1988, en la que se afirma contundentemente que «el Ayuntamiento de Tivissa al argüir en vía judicial que la revocación de la adjudicación provisional que se hizo a favor de "B., SA" está justificada por la defectuosa realización de otras obras realizadas por dicha empresa, no solo es que presume una imputabilidad que habría que probar, como certeramente apunta la Sentencia impugnada, sino que, además, "inventa" una causa de incapacidad contractual que, al no estar tipificada en esa forma en la legislación aplicable no puede ser tenida en cuenta por este Tribunal». Doctrina reiterada en una Sentencia posterior de 30 de octubre de 1990, en la que se sostiene que las incompatibilidades establecidas en la normativa vigente «han de interpretarse en sus términos estrictos», sin que puedan «ampliarse a supuestos no previstos en ellos; de modo que cuando el precepto establece las incompatibilidades que indica, a ellas y solo a ellas debe atenerse el intérprete». Pese a ello V. MANTECA VALDELANDE, «El derecho a ser contratista», *op. cit.*, págs. 41 y ss., hace hincapié en la frecuente inclusión por parte de la Administración de condiciones de capacidad en los pliegos que suponen una auténtica «vulneración administrativa de la legalidad».

⁹⁴ A. RUIZ OJEDA *et al.*, *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, *op. cit.*, pág. 151.

técnica o profesional del interesado en contratar con la Administración⁹⁵. Es mayor, por el contrario, la flexibilidad que se establece en relación a los medios empleados para la comprobación de la solvencia económica y financiera, ya que el artículo 75.2 permite a la Administración admitir «cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación».

La discrecionalidad administrativa en este ámbito se circunscribe, por tanto, exclusivamente a decidir, al amparo del último precepto citado, sobre la suficiencia de la documentación alternativa que cabría presentar para la acreditación de la solvencia económica y financiera del potencial contratante, así como a la determinación exacta de los medios considerados más adecuados, de entre los recogidos en los artículos 76 a 79, para la justificación de su solvencia técnica o profesional. La exhaustividad de los listados comprendidos en estos preceptos impide incorporar a la fase de selección medios ajenos a su enunciado, si bien corresponde al órgano de contratación optar entre los allí consignados y concretar en cada caso el nivel o grado mínimo de los criterios que resulten de aplicación a la selección de los contratistas⁹⁶. De ahí la afirmación de la «discrecionalidad relativa» de la Administración en este trámite, pues los valores que exija «deben estar en consonancia con las características propias de la contratación a realizar»⁹⁷.

a'.2) El procedimiento de adjudicación contractual

La fase de selección del contratista valora los criterios referidos directamente al empresario que pretende contratar con la Administración, constatando su personalidad jurídica y capacidad de obrar, y evaluando su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, así como la ausencia de circunstancias que remitan a alguna de las causas de prohibición reguladas en el artículo 60 del TRLCSP. El Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, detalla expresivamente el procedimiento a seguir al respecto por el órgano de contratación, en un pasaje que por su interés, y pese a su extensión, se transcribe a continuación:

⁹⁵ El vigente TRLCSP introduce, no obstante, mayor flexibilidad en la materia al distinguir entre contratos armonizados, esto es, sujetos a las exigencias y ámbito de aplicación de la legislación comunitaria, y no armonizados, así como entre los contratos celebrados por Administraciones públicas y los formalizados por otros entes diversos del sector público. Esta distinción encuentra reflejo y acomodo en el artículo 74.3, conforme al cual «los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la condición de Administraciones Públicas podrán admitir otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 75 a 79 para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada».

⁹⁶ Surge así, en palabras de A. RUIZ OJEDA *et al.*, *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, *op. cit.*, pág. 153, «la distinción entre capacidad y solvencia». Frente a la primera, que «queda fuera del alcance de los pliegos de cláusulas particulares», la solvencia, incardinada en el ámbito de las clasificaciones, «ha de quedar, por el contrario, fijada» en el mismo.

⁹⁷ J.M.^a FERNÁNDEZ ASTUDILLO, *Contratación administrativa*, *op. cit.*, pág. 171. También A.I. BELTRÁN, «La aplicación práctica de la reforma del artículo 15.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», en J.M.^a GIMENO FELIÚ (coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Madrid, 2004, pág. 218, se refiere al «respeto absoluto al principio de proporcionalidad» que debe observar el órgano de contratación en la determinación «de los niveles mínimos que, en relación con los medios de acreditación, deben cumplir las empresas licitadoras», denunciando, no obstante, que las Administraciones siguen sin establecer «en la mayoría de los casos criterios dentro de los medios». Sobre el control jurisdiccional de la actuación de la Administración en esta primera fase contractual, *vid.* T. FONT I LLOVET, «Control jurisdiccional de la selección de contratistas», en L. COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 1.451 y ss; y, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Riesgos e incidencias en la fase de control judicial de las adjudicaciones contractuales», *JA*, núm. 33, octubre 2006, págs. 29 y ss.

«... será en primer lugar analizar el contenido sobre el que versa la ejecución del contrato, para a continuación determinar con qué medios debe contar la empresa para ejecutarlo y qué antecedentes o experiencia relativos al mismo debe tener quien resulte adjudicatario y, consecuentemente quien pretenda concurrir a la adjudicación, medios que necesariamente han de estar en relación directa con la prestación y con las especificaciones técnicas que en su caso se exijan. Establecida tal condición, las empresas candidatas acreditarán mediante la presentación de los correspondientes documentos la disponibilidad efectiva de tales medios y la experiencia de desarrollo de los trabajos a realizar, siendo la Mesa de contratación quien [...] determine quienes disponen de los medios exigidos admitiendo a las que lo acrediten y rechazando a las que no prueben tal disponibilidad efectiva, valoración que debe efectuarse en tal momento, toda vez que la falta de solvencia para el contrato, conforme a lo establecido en el artículo 20 k) de la Ley, implica un supuesto de prohibición para contratar. Una característica tiene este sistema que lo distingue de los criterios de adjudicación en el concurso y es que en esta fase se valora únicamente si se cumplen o no los requisitos especificados, sin que sea posible ponderar si uno cumple mejor que otro tal requerimiento y puntuar la disponibilidad de tales medios.»

A diferencia de esta primera tramitación, la adjudicación contractual se refiere, por el contrario, no al sujeto sino al objeto mismo del contrato. Si afirmábamos *supra* la existencia de un derecho de quien reúne las condiciones exigidas por el artículo 54 a participar en el proceso de selección, este se torna durante la fase de adjudicación en auténtico derecho subjetivo a erigirse en contratista en caso de haber presentado la mejor oferta. La Administración está obligada a adjudicar el contrato al licitador más idóneo, es decir, al que ofrezca con su propuesta más ventajas al interés general⁹⁸.

Esta distinción entre selección y adjudicación es una exigencia del Derecho comunitario, plasmada y desarrollada ya por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su célebre Sentencia de 20 de septiembre de 1988, asunto *Beentjes*. En ella se afirma tajantemente que «la verificación de la aptitud de los contratistas para ejecutar las obras que se han de adjudicar y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes en el contexto de la celebración de un contrato público», motivo por el que «se rigen por normas [también] diferentes»⁹⁹.

⁹⁸ V. MANTECA VALDELANDE, «El derecho a ser contratista», *op. cit.*, pág. 35. J.J. DÍEZ SÁNCHEZ, «Artículo 73. Procedimientos de adjudicación», en R. GARCÍA MACHO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 381 y ss., conecta la regulación de los procedimientos de adjudicación contractual a la garantía de la libre concurrencia, trasunto de la igualdad jurídica y de la libre competencia del mercado, así como a los principios de transparencia, objetividad y deber de satisfacción de los intereses generales del artículo 103 de la Constitución.

⁹⁹ Doctrina posteriormente ratificada, con ciertas matizaciones, por las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de septiembre de 2000, 18 de octubre de 2001, 17 de septiembre de 2002 y 19 de junio de 2003. Esta separación y, más en concreto, la normativa comunitaria vigente para la adjudicación de los contratos públicos ha sido criticada, sin embargo, por S. ARROWSMITH, «Public private partnerships and the European procurement rules: EU policies in conflict?», *op. cit.*, págs. 736 y ss., quien subraya la complejidad de las estructuras que implica el fenómeno de la participación público-privada y reivindica la modificación y adaptación consiguiente del régimen aplicable a la selección y adjudicación del contratista, al entender que la legislación comunitaria vigente responde a la simplicidad contractual propia de épocas anteriores, por lo que redundante en incertidumbres y en la dificultad de las Administraciones públicas para apreciar el potencial de estas nuevas estructuras. La propia Unión Europea se ha hecho eco, en el documento *Guidelines for successful public-private partnerships*, marzo 2003, págs. 41 y ss., de las disfunciones y dificultades que plantea la aplicación del régimen normativo actualmente vigente a este tipo de contratos, así como de la necesidad de abordar su reforma. Profundiza en estas materias en el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, COM (2004) 327 final, donde aborda la caracterización de los modelos

Nuestra legislación ha recogido, como no podía ser de otra manera, esta diferenciación, regulando separadamente los trámites dirigidos a la selección de los licitadores de aquellos otros encaminados, en cambio, a la identificación de la oferta más ventajosa y, por consiguiente, a la adjudicación final del contrato. Si la selección remite a los requisitos para contratar con la Administración y, en particular, al Capítulo dedicado a la capacidad y solvencia del empresario, artículos 54 y siguientes del TRLCSP, la adjudicación de los contratos es objeto de desarrollo por el Título I, artículos 138 y siguientes, de su Libro III.

La nitidez con que se plantea en principio esta distinción en el plano meramente teórico, no es tal, sin embargo, cuando se procede a su aplicación a la realidad concreta, obligando en la práctica a despejar más de una incógnita sobre la admisibilidad de ciertos requisitos como criterios de adjudicación contractual. Reviste gran interés, a estos efectos, la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre criterios de selección y adjudicación de los contratos, en la que se da respuesta concreta a las dudas planteadas por la traslación a la práctica de lo dispuesto a este respecto en la legislación aplicable y de lo exigido, al amparo de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, por la jurisprudencia comunitaria.

En sus informes defiende, en síntesis, la necesidad de considerar la existencia de procedimientos diversos de adjudicación en la legislación vigente, sin que quepa mantener idénticas conclusiones para el procedimiento abierto que para el cerrado o restringido. Como muestra, su Informe 36/01, de 9 de enero de 2002, en el que resume su doctrina en la materia afirmando que «en los procedimientos abiertos, en la fase de selección de contratistas deberán utilizarse los medios acreditativos de la capacidad y solvencia de las empresas para la ejecución directa del contrato, en definitiva características de la propia empresa, enumerados en los artículos 15 a 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en la fase de adjudicación los criterios objetivos enumerados en el artículo 86, que no pueden identificarse con los primeros [y] que fundamentalmente aluden a las características de la proposición». Introduce, no obstante, alguna matización «en relación con los otros procedimientos de adjudicación previstos en las Directivas comunitarias y en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, puesto que los criterios del artículo 91.1 letra a) para el procedimiento restringido no pueden identificarse con los criterios objetivos a que se refiere el artículo 86 de la Ley y permiten, a través de los criterios objetivos para invitar a participar, utilizar el criterio de la experiencia o especialización de las empresas»; por otra parte, «en cuanto al procedimiento negociado su propia esencia como procedimiento no sujeto a criterios permite afirmar la inexistencia de la diferenciación en dos fases y, por tanto, la experiencia puede jugar como requisito de aptitud y criterio de adjudicación»¹⁰⁰.

concretos de colaboración público-privada existentes, así como las pautas aplicables a la selección y adjudicación contractual de cada uno de ellos.

¹⁰⁰ El Informe citado simplifica y resume la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre criterios de selección y adjudicación de los contratos, expuesta, entre otros, en sus Informes 22/94, de 16 de diciembre; 28/95, de 24 de octubre; 53/97, de 2 de marzo de 1998; 13/98, de 30 de junio; 44/98, de 16 de diciembre; 33/99, de 30 de junio; en el que se emite con idéntica fecha, 37/01, de 9 de enero de 2002; y el posterior, 59/04, de 12 de noviembre. También el Tribunal Supremo anticipa ya en su Sentencia de 18 de noviembre de 1988 la diferenciación entre las condiciones del pliego «cuyo incumplimiento en la proposición constituye un obstáculo para la adjudicación válida del concurso» y aquellos otros requisitos «de la presentación regular de la propia proposición de carácter no esencial», amparando, en el caso de autos, la subsanación, antes de la formalización del contrato subsiguiente a la adjudicación, del defecto consistente en la no presentación de fotocopia del Documento Nacional de Identidad y de declaración jurada de no incapacidad ni incompatibilidad para contratar.

Y es que el anuncio de licitación, realizado por la Administración tras la conclusión del expediente de contratación, es una mera invitación o llamada a ofertas –*invitatio ad offerendum*– incapaz de dar lugar al perfeccionamiento del contrato por la mera aceptación del contratista¹⁰¹. Es el acuerdo de adjudicación el que hace nacer los derechos y obligaciones de las partes¹⁰².

Los procedimientos concretos y las formas de adjudicación a disposición de la Administración están regulados, en la actualidad, en los artículos 157 y siguientes del TRLCSP. La distinción clásica entre los procedimientos abierto, restringido y negociado, se completa con la incorporación del diálogo competitivo en 2007 y con la alternativa, además, en el caso de optar por alguno de los dos primeros, entre las formas de la subasta y el concurso, que si bien no han sido expresamente nominadas así en el TRLCSP siguen vigentes en nuestro ordenamiento jurídico bajo la doble posibilidad de que se valore exclusivamente el precio o bien otros criterios diversos y acumulativos al del precio¹⁰³.

Es este, precisamente, uno de los puntos en que resulta más novedosa la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, que recoge, como procedimientos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, el abierto, el restringido, el negociado y el diálogo competitivo, suprimiéndose la distinción tradicional entre subasta y concurso como procedimientos alternativos, para incorporar la terminología comunitaria de «oferta económicamente más ventajosa» y «precio más bajo respectivamente»¹⁰⁴. El actualmente vigente artículo 150 del TRLCSP establece, en cualquier caso, las reglas que han de regir la elección y utilización de los criterios de valoración de las ofertas¹⁰⁵.

¹⁰¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1984 afirma, en este sentido, que el contratista carece «de derecho adquirido alguno a exigir el cumplimiento de obligaciones contractuales que puedan impedir a la Administración el no prestar su aceptación definitiva a las ofertas y adjudicaciones provisionales producidas en la fase preparatoria del contrato», ratificando así la doctrina expuesta en Sentencias anteriores, entre otras, las de 21 de mayo de 1968 y 31 de marzo de 1975.

¹⁰² Vid. A. RUIZ OJEDA *et al.*, *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, *op. cit.*, págs. 289 y ss., y la jurisprudencia allí citada.

¹⁰³ S. CASAJÚS AGUADO, «Los criterios objetivos de adjudicación de los contratos administrativos por concurso», *RAAP*, núm. 24, junio 2004, pág. 154, recuerda que ambos procedimientos no son intercambiables, produciéndose un uso incorrecto de ambos en muchas ocasiones. El *Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004, págs. 135 y ss., se ha posicionado, asimismo, hacia una mayor concreción de los supuestos de adjudicación susceptibles de sustanciación por medio de subasta o de concurso. Sostiene, en concreto, «que el concurso no debería ser utilizado en aquellos casos en que, alcanzado un cierto nivel de garantía técnica definible en los pliegos, la única consideración relevante fuera la económica», es decir, cuando «la competencia respecto de los elementos técnicos del contrato no implique ventajas comparables a las de una competencia más intensa en los precios».

¹⁰⁴ R. NÚÑEZ MUNÁIZ y F. SIERRA FERNÁNDEZ, «El anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público», *Análisis Local*, núm. III, 2006, pág. 9, critican la «falta casi absoluta de utilización de la subasta como forma de adjudicación de los contratos de obras y utilización generalizada del concurso», así como el abandono de la «clarificadora utilización de los términos subasta y concurso». También F. BLANCO LÓPEZ, «Procedimientos para la adjudicación de los contratos públicos», *CAP*, núm. 55, julio 2006, pág. 38, se ha mostrado crítico ante lo que califica de «papanatismo irreflexivo» en la transposición de las Directivas comunitarias, al considerar que en muchas ocasiones se opta simplemente por «transponer fotocopiando el texto comunitario insertándolo en la norma española».

¹⁰⁵ Sobre la regulación de los procedimientos y criterios de adjudicación de los contratos, *vid.* J.A. MORENO MOLINA, «Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos», *op. cit.*, págs. 60 y ss.

Y así, el procedimiento negociado implica, como es lógico, una mayor libertad para la Administración, que no fija en los pliegos criterios objetivos de adjudicación sino tan solo, conforme al artículo 176, «los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas»¹⁰⁶. Se establecen, no obstante, ciertos requisitos orientados a conjurar la desconfianza que suscitan las facultades negociadoras de la Administración, así como a garantizar la mejor satisfacción del interés general. Se exige, en este sentido, que la Administración solicite la oferta a un número indeterminado de empresas capacitadas para la realización del objeto contractual, si fuera posible no inferior a tres, debiendo constar en el expediente de contratación las invitaciones cursadas, las ofertas recibidas, las razones para su aceptación o rechazo por el órgano de contratación y el precio fijado finalmente con la seleccionada.

No existe una separación clara entre las fases de selección y de adjudicación contractual. En consecuencia, el órgano de contratación podrá valorar aspectos tanto subjetivos como objetivos durante la negociación de los términos contractuales, siendo lo suficientemente amplio el margen de discrecionalidad administrativa en la concreción de los pactos y de flexibilidad del procedimiento en sí como para valorar cuestiones relacionadas tanto con la propia organización y gestión del contratista como con la ejecución del objeto contractual¹⁰⁷. La mayor dificultad de la tramitación de este procedimiento de adjudicación se encuentra, en este sentido, en la necesidad de procurar y garantizar a quienes intervienen por parte de la Administración, y en representación del interés general, una adecuada formación en las técnicas negociadoras y en los pormenores de la contratación pública, así como en las especialidades propias del contrato correspondiente¹⁰⁸.

Los procedimientos abierto y restringido cuentan, por el contrario, con una regulación más pormenorizada y, ante todo, mucho más pautada en cuanto a los trámites y criterios que deben tomarse en consideración al adjudicar el contrato¹⁰⁹. Si la subasta versa exclusivamente sobre los términos

¹⁰⁶ A lo que se suma, además, la exigencia de publicidad en su licitación en los supuestos y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 177.

¹⁰⁷ Así lo sostiene la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su ya citado Informe 36/01, de 9 de enero de 2002. Subraya también, al hilo de estas apreciaciones, en su Informe 28/95, de 24 de octubre, la innecesariedad de concretar en el procedimiento negociado los criterios de valoración, lo que «no excluye, como es lógico, que en algún supuesto, se considere conveniente incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios de adjudicación». El Informe 21/1997, de 14 de julio, destaca, asimismo, su «carácter necesariamente flexible y sin formalismos innecesarios».

¹⁰⁸ A. RUIZ OJEDA *et al.*, *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, *op. cit.*, pág. 465, destacan el recelo de la normativa de la Unión Europea sobre contratos públicos frente al procedimiento negociado por «los abusos a los que una discrecionalidad no suficientemente controlada puede dar cabida» y por el riesgo de que desemboque en una «endogamia contractual contraria al proyecto de libre competencia y libre concurrencia en el Mercado Único Europeo». *Vid.*, en particular, los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 21/1997, de 14 de julio, y 9/1998, de 11 de junio.

¹⁰⁹ La distinción entre criterios subjetivos y objetivos se encuentra, sin embargo, algo más difuminada en el procedimiento restringido, tal y como reconoce la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 36/01, de 9 de enero de 2002, dado que es posible valorar aspectos como la experiencia previa a través de los criterios objetivos con arreglo a los cuales se cursan las invitaciones. Pese a ello, el régimen jurídico aplicable a los criterios de valoración de las ofertas es el mismo en ambos supuestos, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 150 del TRLCSP. El procedimiento restringido consiste, en definitiva, A. RUIZ OJEDA *et al.*, *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, *op. cit.*, pág. 387, «en el establecimiento de una previa selección de quienes podrán presentar proposiciones; practicada esta, todo discurre con sujeción a las reglas generales de la Ley».

económicos del contrato, el concurso se articula, en cambio, sobre la valoración integral de la oferta presentada por el licitador¹¹⁰.

La Administración goza, a estos efectos, de discrecionalidad técnica para definir los criterios objetivos que considere más adecuados para la evaluación de las proposiciones de los interesados, si bien deben ser objeto de publicación, integrándose en el pliego de cláusulas administrativas particulares facilitado a los interesados¹¹¹. La mera presentación de proposiciones por los licitadores implica, en este sentido, su «aceptación incondicionada», conforme al tenor literal del artículo 145, «del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna»¹¹².

Tras la presentación de la documentación requerida en el anuncio de licitación, la Administración analiza, en un primer momento, la relativa a la capacidad y solvencia o, en su caso, clasificación de los empresarios, prescribiendo la Ley el secreto de las proposiciones y la articulación de «los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública» (art. 145.2 del TRLCSP)¹¹³. Solo entonces se desvela el contenido concreto de las ofertas presentadas por quienes reúnen los requisitos necesarios para contratar con la Administración, procediéndose a su evaluación y valoración concreta.

El artículo 150.1 del TRLCSP recoge, en particular, un listado de criterios objetivos que podrán servir de base para la adjudicación del concurso, siempre y cuando la Administración contratante los hubiera incluido previamente en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares¹¹⁴. Se trata de una lista meramente ejemplificativa, que no resulta vinculante en

¹¹⁰ A. RUIZ OJEDA *et al.*, *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, *op. cit.*, pág. 389, subrayan la complejidad del proceso de decisión del concurso, frente al automatismo de la subasta, si bien reconocen, no obstante, que procura «una adjudicación más aquilatada y beneficiosa para los intereses generales».

¹¹¹ Así lo ha subrayado también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, al recordar, en su Informe 27/92, de 4 de diciembre, que «la adjudicación de un concurso no es un acto absolutamente discrecional, pues ha de resolverse con arreglo a criterios objetivos que deben figurar en el pliego y en los anuncios». En sentido similar, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 1995.

¹¹² La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 ratifica la doctrina anterior de su Sala Tercera por la que «las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, fundamentalmente en los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes [...] han concurrido a la correspondiente licitación». Fundándose en los principios de buena fe, seguridad jurídica y libertad de pactos que establece la entonces vigente LCAP, sostiene que «la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho». Sobre la función y los requisitos de los pliegos en el procedimiento de contratación, *vid.* V. MANTECA VALDELANDE, «Legalidad de los pliegos en la contratación pública», *AA*, núm. 2, enero 2006, págs. 231 y ss.

¹¹³ Sin perjuicio, no obstante, de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo.

¹¹⁴ El artículo responde a los principios generales recogidos al respecto por las Directivas europeas en materia de contratación pública y pretende, en palabras de S. CASAJÚS AGUADO, «Los criterios objetivos de adjudicación de los contratos administrativos por concurso», *op. cit.*, pág. 146, «evitar cualquier atisbo de corrupción en la adjudicación». Son de interés, en este sentido, las reflexiones vertidas por el Consejo Económico y Social en su Dictamen núm. 5, de 27 de mayo de 1998, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, en el que defiende que «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»; de forma que «fines como la promoción del empleo, de la seguridad y salud de

todos sus extremos y que tampoco es exhaustiva en su enumeración, como ha subrayado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, al amparo del anterior artículo 86.1 del TRLCAP, en sus Informes 28/95, de 24 de octubre, y 45/96, de 22 de julio.

De esta forma, la referencia expresa del precepto vigente a criterios «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», puede ser objeto de limitación o, por el contrario, de ampliación, a juicio del propio órgano de contratación¹¹⁵. La enumeración, en definitiva, «ni es exhaustiva –pueden existir

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». Se muestra, sin embargo, contrario a esta posibilidad el voto particular que formula al Dictamen el Consejero D. José Luis Pastor Rodríguez-Ponga, en nombre del grupo segundo, por entender que «es más que dudoso que la normativa de la Unión Europea, sobre contratación, posibilite el establecer un sistema de preferencias en la adjudicación de los contratos por razón de los caracteres subjetivos de las empresas (que sí pueden, en cambio, ser tenidas en cuenta en la fase de admisión)». Esta divergencia anuncia, en definitiva, la dificultad posterior que se apreciará en el deslinde entre los ámbitos subjetivo y objetivo del contrato en la aplicación, en muchos casos, de estos criterios.

¹¹⁵ Sobre la introducción, en particular, de nuevos criterios objetivos de adjudicación, especialmente de naturaleza social y ambiental, *vid.*, por todos, M.Á. BERNAL BLAY, «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *op. cit.*, págs. 219 y ss.; J.A. BLÁZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa», *CAP*, núm. 42, mayo 2005, págs. 39 y ss.; I. GALLEGO CÓRCOLES, «Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 113, 2011, págs. 64 y ss.; F. GARCÍA RUBIO, «La introducción de cláusulas medioambientales en los procedimientos de contratación administrativos», *CAP*, núm. 48, diciembre 2005, págs. 29 y ss.; J.M.^a GIMENO FELIÚ, «Los criterios objetivos a valorar en el concurso», *CAP*, núm. 15, diciembre 2002, págs. 33 y ss., y del mismo autor, «Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales», en J.M.^a GIMENO FELIÚ (coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Madrid, 2004, págs. 61 y ss.; H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, «¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?», *JA*, núm. 20, julio 2003, págs. 27 y ss.; P.L. MARTÍNEZ PALLARÉS, «El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial la inclusión de criterios medioambientales. (Comentario sobre la Sentencia del TSJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy AB, y Helsigin Kaupunki)», en J.M.^a GIMENO FELIÚ (coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Madrid, 2004, págs. 161 y ss.; J.F. MESTRE DELGADO, «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», *op. cit.*, págs. 705 y ss.; C. MOLINA NAVARRETE, «Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *op. cit.*, págs. 22 y ss.; J.A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, *Nuevo régimen de contratación administrativa*, La Ley, Madrid, 2003, págs. 380 y ss.; M. OLLER RUBERT, «La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 1, 2010, págs. 1 y ss.; T. PÉREZ DEL RÍO y M. ZAMBONINO PULITO, «La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de cláusulas sociales de género en la contratación de las Administraciones Públicas», *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008, págs. 31 y ss.; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, *op. cit.*, in toto; E. ROMÁN VACA, «Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho comunitario. El ejemplo sevillano», *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, págs. 193 y ss.; C. SÁEZ LARA, «Las cláusulas sociales en los contratos del sector público», *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2009, págs. 15 y ss.; y, S. VÉRNER TRILLO, «La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública», *RAAP*, núm. 20, junio 2002, págs. 429 y ss. Asimismo, sobre la

otros criterios objetivos– ni obliga a incluir necesariamente todos los que menciona en un determinado concurso», si bien es preciso tomar en consideración ciertas matizaciones realizadas al respecto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que ha subrayado la importancia del factor precio en la adjudicación de contratos por concurso, así como los inconvenientes que podría plantear la utilización al respecto por el órgano de contratación de un único criterio¹¹⁶.

El TRLCSP, actualmente en vigor, resulta, en cualquier caso, mucho más preciso que el anterior Texto Refundido de 2001 al disponer no solo la exigibilidad sino también la forma de evaluación y el establecimiento de posibles penalidades por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del contratista de los criterios de valoración de las ofertas considerados durante la fase de adjudicación contractual. Exige, no obstante, que en caso de utilizar un solo criterio, este sea «necesariamente» el del precio más bajo.

La cuestión del posible establecimiento de criterios objetivos nuevos y diversos a los contemplados en la legislación aplicable para la adjudicación del concurso fue abordada ya por el Consejo de Estado en sus Dictámenes núms. 3495, de 19 de noviembre, y 4464, de 22 de diciembre de 1998. De la doctrina contenida en ambos se desprende su aceptación del reconocimiento que se pudiera realizar de criterios objetivos *ex novo*, «variables y acomodables a cada caso», para la adjudicación de los contratos públicos, siempre y cuando no dejen «de ser objetivos ni de estar referidos a la oferta más ventajosa para los intereses públicos».

El artículo 150 del TRLCSP exige tan solo tres requisitos al efecto. En primer lugar, que los criterios de adjudicación del concurso sean objetivos. En segundo, que estén establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares correspondientes¹¹⁷. Y, en última instancia, que estén indicados por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, posibilitando también la especificación en los pliegos de la fase concreta de valoración de las proposiciones en que operarán, así como, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que pueda exigirse al licitador en su aplicación¹¹⁸.

introducción de criterios ecológicos en la adjudicación de un contrato público, *vid.* las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002 y 4 de diciembre de 2003, así como las Órdenes MAM/2116/2007, de 10 de julio, por la que se fijan los requisitos y criterios medioambientales a introducir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rijan en los contratos del Ministerio de Medio Ambiente y los Organismos Públicos de él dependientes, y PRE/116/2008, de 21 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

¹¹⁶ *Vid.* en este sentido el Informe 28/95, de 24 de octubre. Destaca, asimismo, sobre la importancia del factor precio en la adjudicación contractual y la inclusión, como cláusula cautelar, del incidente de diálogo competitivo, Á. CANALES GIL, *El control de eficiencia sobre el precio en la contratación pública: el incidente de diálogo competitivo*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000.

¹¹⁷ Así lo exige la propia jurisprudencia comunitaria. *Vid.* las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988, 26 de septiembre de 2000, 18 de octubre de 2001 o 12 de diciembre de 2002.

¹¹⁸ Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1999, la expresión «orden decreciente» «no significa un orden de prioridades para la adjudicación, y en términos tales que la concurrencia de los primeros criterios sea excluyente de la posibilidad de ponderación de los demás criterios que les sigan en importancia en ese "orden decreciente"», sino que exige ponderar para la adjudicación todos los criterios adoptados en los pliegos, «si bien atribuyéndoles mayor o menor importancia según su posición en ese "orden decreciente"».

El órgano de contratación habrá de clasificar por orden decreciente las proposiciones presentadas que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales, atendiendo a tal efecto a los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio a fin de adjudicar el contrato a la «oferta económicamente más ventajosa»¹¹⁹, sin atender exclusiva o necesariamente para ello a su valor económico siempre que se haya incluido más de un criterio de adjudicación en la licitación (art. 151 del TRLCSP).

La adjudicación deberá ser, en todo caso, motivada, sin que pueda declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego¹²⁰. Ahora bien, resulta innegable la pervivencia, a este respecto, de una cierta discrecionalidad técnica por parte de la Administración en la apreciación del grado de cumplimiento de estos criterios objetivos; una discrecionalidad intrínseca al empleo de esta técnica en cuanto «resulta complicado imaginar un criterio que permita evitar toda discrecionalidad en las decisiones finales de compra del órgano de contratación»¹²¹.

¹¹⁹ Sobre el control por los órganos jurisdiccionales de la aplicación del concepto jurídico indeterminado de «proposición más ventajosa», *vid.* F. PLEITE GUADAMILLAS, «Control de la discrecionalidad técnica de la Administración en la adjudicación de los contratos administrativos», *CAP*, núm. 47, noviembre 2005, págs. 5 y ss. También S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «El control judicial sobre la adjudicación del contrato mediante concurso», *JA*, núm. 18, enero 2003, págs. 54 y ss., se refiere a estos supuestos como manifestaciones de la técnica del concepto jurídico indeterminado. Una opción refrendada expresamente por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 19 de julio de 2000, en la que afirma que su aplicación tan solo permite llegar a una decisión «jurídicamente posible, siendo injustas o contrarias al ordenamiento jurídico las restantes», y de 13 de febrero de 2001. Por el contrario, existen autores que niegan la vigencia en el concurso del principio de adjudicación necesaria, ya que entienden que se trata de un supuesto claro de discrecionalidad técnica de la Administración. Da noticia de ello J.J. DÍEZ SÁNCHEZ, «Artículo 88. Adjudicación de los contratos», en R. GARCÍA MACHO (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 425 y ss., quien subraya las «dificultades técnicas evidentes» de la «fiscalización posterior por los Tribunales de las resoluciones en favor de la oferta más ventajosa». Sobre la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a la selección por concurso y su abandono paulatino de la posición tradicional por la que entendía que no podía entrar a cuestionar la valoración concreta realizada por el órgano de contratación, *vid.* M. VINYOLES i CASTELLS, *La adjudicación de los contratos públicos. La nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y normativa comunitaria*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 166 y ss.

¹²⁰ *Vid.*, en particular, las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1987, relativa a la inexistencia total de motivación en un acuerdo de adjudicación de contrato por concurso, y, en especial, de 23 de junio de 2004, en la que se ratifican los fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida en casación, en la que se expone, a su vez, la doctrina general en la materia, insistiendo en que «siempre debe apreciarse que la Administración tiene potestades parcialmente discrecionales para satisfacer los intereses públicos, si bien esta discrecionalidad no está exenta de límites. Así sucede en materia de adjudicación de contratos por concurso, en la cual debe elegirse la oferta más ventajosa siempre que se cumplan los requisitos fijados en el Pliego de Condiciones, siendo imprescindible que la resolución sea motivada, lo cual permite que esta jurisdicción Contencioso-Administrativa ejerza su función de control». Admite, en el caso de autos, la actividad motivadora realizada por el órgano de contratación, que «si bien escueta», no dio lugar a discusión sobre las puntuaciones concretas asignadas a cada licitador, «lo que implica que el eventual defecto no está en la motivación aunque hubiera sido deseable que esta fuera más completa». *Vid.*, asimismo, A. RUIZ OJEDA *et al.*, *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, *op. cit.*, págs. 448 y ss., y la jurisprudencia allí citada.

¹²¹ *Vid.* S. CASAJÚS AGUADO, «Los criterios objetivos de adjudicación de los contratos administrativos por concurso», *op. cit.*, pág. 148, y la doctrina allí citada. Asimismo, *Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, *op. cit.*, págs. 140 y ss. La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1999 afirma, en este sentido, que la «operación de valorar cuáles de las ofertas eran las más ventajosas comporta necesariamente un margen de apreciación, en el que, sin rebasar las usuales pautas de racionalidad, son posibles diferentes opciones y todas ellas igualmente legítimas». También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña reconoce, en su Informe 7/2002, de 12 de julio, la concurrencia de esta discrecionalidad téc-

a'.3) La incorporación de consideraciones éticas como criterio de selección y adjudicación de los contratos del sector público

La incorporación de la preocupación por la responsabilidad social de la contratación pública y, en particular, por la compra pública ética, a las actuaciones previas a la perfección contractual resulta, a todas luces, conveniente e incluso necesaria, en cuanto permite a la Administración contratante anticiparse y considerar el compromiso ético de los potenciales contratistas con anterioridad a la adjudicación contractual definitiva, obviando así los problemas e inconvenientes a que podría dar lugar el incumplimiento posterior de una hipotética cláusula de comercio justo por el contratista finalmente elegido¹²². Se trata, en suma, de procurar lo que SÁNCHEZ SOLIÑO ha tildado de «competencia por el mercado, en lugar de competencia en el mercado»¹²³.

No en vano, un nivel adecuado de responsabilidad social o sostenible, en términos tanto éticos, como ambientales y propiamente sociales, en la dotación de bienes o prestación de servicios a los ciudadanos, resulta irrenunciable para nuestros poderes públicos si quieren contribuir realmente a la consecución de los denominados «objetivos del milenio», aun cuando su aplicación y exigencia pudieran ir en detrimento, incluso, del factor precio. De ahí la necesidad perentoria de articular, consecuentemente, procedimientos que reflejen con suficiente claridad esas diferencias¹²⁴.

Resulta pertinente, por tanto, la consideración de este tipo de valoraciones en los procedimientos de licitación y adjudicación de los contratos públicos. Ahora bien, desde la perspectiva particular del comercio justo, ¿debe ser considerada esta hipotética cláusula de comercio justo como criterio de selección o, por el contrario, de adjudicación contractual? Como es sabido, tanto la normativa europea como la española en materia de contratación administrativa diferencian ambas realidades, de ahí las dudas que pudiera plantear la propia naturaleza intrínseca del criterio.

A pesar de tratarse, como ha quedado ya expuesto *supra*, de una materia en la que no resulta siempre fácil diferenciar, es preciso separar aquellas pautas o condiciones que afectan al propio contratista de aquellas otras estipulaciones o consideraciones referidas al objeto contractual en sentido estricto, es decir, la infraestructura, el bien o el servicio correspondiente sobre el que recae el acuer-

nica de la Administración, si bien tilda de «irregularidad alarmante» que algunos órganos de contratación se limiten tan solo a establecer con «superficialidad y vaguedad» los criterios de adjudicación a emplear, fijando exclusivamente la puntuación máxima correspondiente a cada criterio sin determinar los factores, principios o consideraciones de tipo cualitativo que se tomarán en consideración para otorgar mayor o menor puntuación respecto a cada uno de ellos. Sobre la potestad discrecional de la Administración para la elección del contratista y sus límites, *vid.*, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1975, 20 de enero de 1977, 8 de abril de 1981, 31 de marzo de 1982, 18 de mayo de 1982, 17 de octubre de 1985, 1 de junio de 1987 y 23 de junio de 2003.

¹²² En este sentido, J.M.ª GIMENO FELIÚ, *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 186.

¹²³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Comisiones, núm. 566 de 2002, pág. 18.151. S. DOMBERGER, C. HALL y E. AH LIK LI, «The determinants of price and quality in competitively tendered contracts», *The Economic Journal*, núm. 433, noviembre 1995, págs. 1.454 y ss., subrayan, en este sentido, el ahorro público a que conduce la competencia por el mercado de la contratación pública.

¹²⁴ Son precisamente consideraciones del todo punto equiparables las que han llevado al legislador español a excluir la subasta como procedimiento de adjudicación del contrato de concesión de obras públicas.

do contractual. Las primeras deben remitirse al proceso de selección del contratista, frente a las segundas que deben ser diferidas, en cambio, al momento de la adjudicación definitiva del contrato como rasgos que no sirven para calificar o admitir al proponente sino para valorar su oferta sobre el propio objeto contractual en aquellos casos en que la adjudicación final se realice por medio de concurso y, por ende, a la oferta más ventajosa sobre la base de más de un criterio de valoración¹²⁵.

Partiendo en este punto de lo expuesto *supra* sobre la diferencia radical entre la finalidad propia de cada una de las fases de selección y adjudicación del contrato público, entiendo que nada impediría, en concreto, y por lo que se refiere al supuesto concreto de la responsabilidad social, ambiental y ética de la contratación pública, que se tomen en consideración y evalúen en un solo contrato ambas facetas, subjetiva y objetiva, de un mismo criterio, aun cuando haya habido voces críticas que entiendan que, pese al silencio del legislador, esta doble exigencia sería excesiva¹²⁶.

No comparto esta última opinión en la medida en que entiendo que ambas vertientes podrían ser reclamadas y valoradas en el ámbito de la contratación pública siempre y cuando los requerimientos sociales, ambientales o éticos vinculados, en su caso, y por lo que aquí interesa, al movimiento del comercio justo recayesen sobre aspectos claramente diferenciables. Cabría valorar, por qué no, la homologación o certificación del empresario desde una perspectiva cualitativa, tomando en consideración, a este respecto, determinados aspectos o criterios éticos, sociales o ambientales, en la fase de selección¹²⁷ y, simultáneamente, evaluar y premiar aquellas propuestas concretas que supongan mejoras de calidad de la oferta directamente orientadas a la mejor satisfacción de la responsabilidad pública ética, social o medioambiental, llamémosla así, en la propia ejecución contractual. Una opción refrendada, además, por la expresa mención que realiza el artículo 150.1 del TRLCSP de «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» como criterio objetivo de adjudicación¹²⁸.

Y así, pese a los límites a la discrecionalidad administrativa durante la selección del contratista y a la posible valoración posterior y simultánea de otras facetas de la preocupación social, ambiental y, en particular, ética para la adjudicación final del contrato, no cabe duda de la importancia que podría llegar a adquirir la fase de selección del contratista para el fomento y la promoción del comercio justo. No como criterio para evaluar o premiar la calidad potencial del objeto del

¹²⁵ J.A. MORENO MOLINA, «Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos», *op. cit.*, pág. 56.

¹²⁶ Por todos, S. CASAJÚS AGUADO, «Los criterios objetivos de adjudicación de los contratos administrativos por concurso», *op. cit.*, pág. 190.

¹²⁷ Así se sostiene también en el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, *op. cit.*, pág. 40.

¹²⁸ En idéntico sentido, el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, *op. cit.*, pág. 40, donde se afirma que «la utilización de criterios relacionados con el medio ambiente, la eficiencia energética, la accesibilidad o la innovación en la fase de adjudicación, y no solo en las especificaciones técnicas o las condiciones de ejecución del contrato, tendría la ventaja de impulsar a las empresas a presentar ofertas que irían más allá del nivel fijado en las especificaciones técnicas, lo cual promovería la introducción de productos innovadores en el mercado».

contrato a prestar, sino como pauta o requisito para medir la capacidad técnica o profesional del empresario que concurre a la licitación.

Se trataría, en cualquier caso, de uno más de los criterios definidores de la capacidad técnica o profesional del empresario, por lo que debería modularse de acuerdo a la complejidad del propio contrato y al resto de exigencias o requisitos considerados necesarios para acreditar la idoneidad del empresario interesado en la licitación. Los principios de concurrencia y no discriminación, propugnados por el ordenamiento comunitario y recogidos, en particular, por el TRLCSP, proscriben «toda exageración» en el establecimiento de los «niveles mínimos» de capacidad, que deberán establecerse «con la adecuada proporcionalidad con las peculiaridades, complejidad de ejecución y dimensión económica del contrato»¹²⁹.

Ahora bien, tanto el TRLCSP como su normativa de desarrollo guardan silencio en lo que se refiere a la exigencia concreta para la selección de los licitadores de requerimientos éticos vinculados al comercio justo. No se aprecia preocupación alguna del legislador por el movimiento en sí, por las unidades técnicas de la empresa encargadas de garantizar el cumplimiento de sus criterios o por las medidas que pudiera articular el empresario para su control. Se trata de una cuestión que no figura tampoco, en definitiva, entre los factores y elementos que para el sistema alternativo de la clasificación de los empresarios establecen estos textos.

Pese a todo, la regulación actual de la selección de empresarios en el TRLCSP ofrece medios suficientes para tomar en consideración, si así se pretende, aspectos específicos relacionados con la garantía y el aseguramiento de la calidad medioambiental y social, siempre desde aquella perspectiva subjetiva ceñida al propio licitador y no al objeto contractual¹³⁰.

Tampoco habría obstáculos para que el comercio justo actuara como inspirador de uno o varios criterios, evidentemente objetivos, de adjudicación del contrato público. No cabe duda, a este respecto, y desde la perspectiva concreta de este análisis, esto es, desde el estudio de posibles vías para la incorporación de exigencias éticas a la contratación pública, del mayor interés que reviste, entre los distintos procedimientos de adjudicación previstos al respecto por el TRLCSP, la tramitación y sus-

¹²⁹ Cabe extender a la capacidad técnica o profesional las apreciaciones que sobre la económica y financiera realiza F. BLANCO LÓPEZ, «La capacidad de los contratistas. Personalidad jurídica y capacidad de obrar. Solvencia económica y técnica. Clasificación empresarial», en J.M.^a GIMENO FELIÚ (Coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Madrid, 2004, pág. 46.

¹³⁰ No en vano, la propia habilidad y capacidad técnica de la entidad pública contratante habrá de resultar fundamental, no solo en la definición concreta de aquellos criterios o condiciones subjetivas que habrían de coadyuvar a la selección de los licitadores interesados en la adjudicación contractual, sino en su adecuada conexión con los medios que para la justificación de la correspondiente solvencia económica y financiera, técnica o profesional del empresario reconoce la normativa vigente en materia de contratación pública. *Vid.*, a este respecto, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, en la que se sostiene que la provincia de Holanda Septentrional «estableció un nivel mínimo de capacidad técnica no autorizado por los artículos 44, apartado 2, y 48 [de la Directiva 2004/18/CE] al imponer, como requisitos de aptitud y niveles mínimos de capacidad establecidos en el pliego de condiciones de dicho contrato, la condición de que los licitadores reúnan "los criterios de sostenibilidad de las compras y responsabilidad social corporativa", e indiquen cómo reúnen esos criterios y "contribuyen a mejorar la sostenibilidad del mercado del café y a una producción de café responsable desde el punto de vista ecológico, social y económico"», cláusula contraria, además, a la obligación de transparencia prevista en el artículo 2 de dicha Directiva.

tanciación del anteriormente denominado concurso. No en vano, existe un margen suficiente de discrecionalidad y flexibilidad administrativa para la incorporación al mismo y la consiguiente modulación de los criterios de adjudicación que la Administración concedente considere adecuados al efecto¹³¹.

Eso sí, la inclusión y valoración del comercio justo como criterio objetivo de adjudicación deberá ir acompañada siempre de una serie de requisitos, debiendo ser conocida con antelación suficiente y fijada en el pliego, auténtica *lex contractus*¹³², que deberá establecer también su orden de prioridad y ponderación. Su finalidad deberá ser, además, la estricta evaluación de las consideraciones éticas inherentes a la propia proposición u oferta, por lo que, en caso de optar por la introducción de este criterio, deberá tener relación directa con el objeto y no con el sujeto del contrato¹³³.

Ha encontrado mayor respaldo legislativo esta segunda opción para la promoción del comercio justo, si bien carente de una especial significación o trascendencia, por cuanto la preocupación por el movimiento ha encontrado acomodo en el TRLCSP de forma meramente tangencial en su disposición adicional cuarta, referida de forma expresa a la adjudicación contractual. A su amparo el comercio justo podría actuar quizá, por cuanto su empleo no es preceptivo, como cláusula de cierre al sistema, en cuanto dispone que «los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de comercio justo para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como organizaciones de comercio justo, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación».

Existen, en definitiva, como conclusión final a este respecto, vías para articular en los pliegos de cláusulas administrativas particulares requisitos o criterios concretos que garanticen un nivel mínimo, en términos éticos, de la oferta finalmente adjudicataria del contrato público, si bien el mutismo respecto del comercio justo en la normativa aplicable a la contratación del sector público, las dudas suscitadas sobre su posible exigencia y alcance en esta fase, así como la frecuentemente

¹³¹ Sobre la posible inclusión de cláusulas sociales como criterios de adjudicación, *vid.* I. GALLEGO CÓRCOLES, «¿Pueden incluirse cláusulas sociales en la contratación pública (I)?», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 114, 2011, págs. 68 y ss.

¹³² *Vid.*, por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1961, 31 de marzo de 1975, 20 de enero de 1977, 10 de diciembre de 1985, 19 de noviembre de 1986, 12 de mayo de 1992, 20 de noviembre de 1998, 23 de junio de 2003 o 16 de enero y 18 de mayo de 2004.

¹³³ Sobre su vinculación con el objeto contractual, *vid.* los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 28/95, de 24 de octubre, y 44/98, de 16 de diciembre. Asimismo, sobre el posible empleo de etiquetas de comercio justo y la necesidad de admitir fórmulas alternativas y equivalentes de justificación del cumplimiento de los criterios correspondientes sobre los que se asientan, debe tomarse en consideración la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, en la que se concluye que la provincia de Holanda Septentrional «formuló criterios de adjudicación incompatibles con el artículo 53, apartado 1, letra a), [de la Directiva 2004/18/CE] al establecer que el hecho de que algunos productos que debían suministrarse estuvieran provistos de etiquetas determinadas daría lugar a la concesión de un determinado número de puntos en el marco de la selección de la oferta económicamente más ventajosa, sin haber indicado los criterios en que se basan esas etiquetas ni autorizado que se presentara a través de cualquier medio adecuado la prueba de que un producto reunía esos criterios». Sin que ello sirva para obviar, tal y como subraya el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, *op. cit.*, pág. 42, el problema fundamental planteado a renglón seguido acerca de las vías más adecuadas de comprobación de estos requisitos en la cadena de suministro.

inadecuada y/o insuficiente formación previa al respecto de los empleados públicos que intervienen en los procesos de contratación cuando la clasificación no resulta exigible, representan escollos difíciles de superar a estos efectos.

b') La vigencia de la responsabilidad social de la contratación pública durante la ejecución contractual

La consolidación de la cultura de la responsabilidad social en el ámbito empresarial ha dado lugar, en los últimos años, a la difusión de sus principios y esquemas básicos en ámbitos tan alejados, en principio, del mercado privado como el de la organización y gestión de las Administraciones públicas. Esta expansión afecta también, por supuesto, al ámbito particular de la contratación de los bienes y los servicios públicos.

Si bien es cierto que resulta extremadamente útil, en líneas generales, la toma en consideración de aspectos relacionados con la responsabilidad social pública con anterioridad a la propia adjudicación contractual, nada impide que se extienda su exigencia y control a la ejecución posterior del mismo¹³⁴.

Tanto la Administración contratante como el contratista tienen un interés indudable en que el contrato se desenvuelva, desde el instante mismo de su perfección, en la forma inicialmente pactada, ejecutándose en los términos previstos originariamente en el pliego contractual hasta llegar finalmente a su extinción por cumplimiento o transcurso del plazo. De ahí la importancia de la previsión y adecuada redacción en los pliegos de los posibles incumplimientos del contratista en materia de responsabilidad ambiental, social o ética.

Así parecía desprenderse, por otra parte, de la mención expresa al comercio justo realizada por la Exposición de motivos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre. De forma un tanto grandilocuente, en cuanto no encontraba después traducción expresa en su articulado, se afirmaba, en su apartado IV, que «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».¹³⁵

¹³⁴ Sobre la posible incorporación de cláusulas sociales como «criterio adicional» o condiciones de ejecución de los contratos del sector público, *vid.* I. GALLEGO CÓRCOLES, «¿Pueden incluirse cláusulas sociales en la contratación pública (y II)?», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 116, 2012, págs. 60 y ss.

¹³⁵ Se trata, para C. MOLINA NAVARRETE, «Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *op. cit.*, pág. 56, de un ejemplo de «mala técnica legislativa», por cuanto «evidencia un cierto desfase respecto del texto legal final».

Y, sin embargo, el TRLCSP de 2011, siguiendo la estela de la Ley de 2007, guarda un silencio absoluto sobre las vías concretas de implementación durante la fase de ejecución contractual del criterio ético vinculado al comercio justo, suscitando dudas fundamentales al respecto y dejando en manos de la Administración un gran margen de discrecionalidad en relación con su empleo a través de las denominadas «condiciones especiales de ejecución del contrato»¹³⁶.

En primer lugar, por la dificultad de su construcción y definición particularizada, que remiten a una identificación y delimitación fundada en criterios previamente definidos desde el sector privado. De esta noción se infiere un nuevo inconveniente a añadir a los anteriores, por cuanto la propia intangibilidad de determinados aspectos de la definición de comercio justo en sí misma considerada y las dificultades derivadas de su aplicación al supuesto contractual correspondiente exigirían una evaluación compleja a partir de varios indicadores o criterios interrelacionados.

En segundo lugar, por el riesgo, asimismo, de un empleo inadecuado, ya que el uso de una noción ampliamente aceptada no debe servir para enmascarar las dificultades sino para poner de relieve aquellas áreas problemáticas o zonas de riesgo a las que se deba dedicar una mayor atención. Se trata, en definitiva, de identificar los puntos débiles que ponen en peligro la eficiencia del comercio justo con el fin de darles cumplida respuesta, lo que exige, ante todo, la objetividad del criterio y la cláusula implementada.

Más aún si se toman en consideración las exigencias derivadas del artículo 117.8 del TRLCSP, cuyo enunciado dispone que «salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención "o equivalente"»¹³⁷.

¹³⁶ Previstas en el artículo 118 del TRLCSP, su regulación se remite expresamente a cuestiones sociales o medioambientales, omitiendo cualquier referencia a otro tipo de preocupaciones éticas o, en particular, al comercio justo.

¹³⁷ *Vid.*, en este sentido, el considerando 29 de la Directiva 2004/18/CE, en el que se afirma que «las especificaciones técnicas establecidas por los compradores públicos deben permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia. A tal efecto, debe ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas. Para lograrlo, por una parte debe ser posible establecer las especificaciones técnicas en términos de rendimiento y exigencias funcionales y, por otra, en caso de referencia a la norma europea –o, en su defecto, a la nacional– los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en soluciones equivalentes. Los licitadores deben poder utilizar cualquier medio de prueba para demostrar la equivalencia. Los poderes adjudicadores deben estar en condiciones de motivar sus decisiones cuando resuelvan que no existe equivalencia en un caso determinado». Y así, por lo que se refiere al posible empleo de etiquetas, en concreto ecológicas, continúa afirmando que se podrán utilizar las especificaciones de la etiqueta correspondiente siempre que sus exigencias se desarrollen y adopten «basándose en una información científica mediante un proceso en el que puedan participar todas las partes implicadas, como son los organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y si la etiqueta es accesible y está a disposición de todas las partes interesadas». A este respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, impone el requisito formal de reproducir en los documentos de la licitación contractual los criterios de concesión de autorización de la etiqueta correspondiente, que deben constar en su reglamento de uso, y sostiene, en su apartado 67, que «lejos de constituir un formalismo excesivo, la obligación exigida al poder adjudicador de indicar expresamente las características medioambientales detalladas que desea imponer, incluso cuando recurra a las características definidas por una etiqueta

Y, en última instancia, porque su puesta en práctica exige el diseño de un sistema adecuado de control y seguimiento para garantizar su correcta aplicación y una valoración adecuada de los resultados que arroje su empleo. Solo así será realmente útil la introducción de cláusulas e indicadores éticos en los pliegos de cláusulas redactados para los procesos de contratación pública.

Se debe hacer hincapié, en consecuencia, en la necesidad de definir criterios éticos que no añadan complejidad innecesaria a los pliegos contractuales ni desincentiven la participación empresarial en el proceso de licitación al sumar costes administrativos excesivos a la preparación de las proposiciones.

Debe existir cierto margen de maniobra para que los pliegos de cada contrato puedan incorporar aquellos indicadores y fórmulas de control más adecuados a la prestación concreta de que se trate, lo que no impide reconocer que sería deseable, e incluso necesario, a mi entender, el desarrollo reglamentario de la innovación conceptual introducida por la disposición adicional cuarta del TRLCSP en esta materia con el fin de concretar la exigibilidad de estas medidas en ciertos supuestos y, en todo caso, algunos de los requisitos mínimos que deben acompañar su articulación y formulación contractual.

Los criterios de responsabilidad ética podrían llegar a convertirse, qué duda cabe, en instrumentos adecuados para garantizar y potenciar la eficiencia de la contratación pública si se implementaran las lagunas y se solventaran las inconcreciones que la parca regulación de la normativa vigente deja al descubierto; todo ello orientado, en definitiva, a evitar los riesgos que genera siempre, de forma inevitable, el empleo de incentivos¹³⁸.

En cualquier caso, los silencios del legislador no deben oscurecer la innovación fundamental que supone el reconocimiento de la responsabilidad social de la contratación pública por un texto legal que sienta las bases, además, para la estructuración y el desarrollo de un auténtico marco legal garantizador, sobre todo, de la calidad contractual en términos, fundamentalmente, de responsabilidad social y ambiental.

Y es que la puesta en práctica de estas medidas está vinculada, en suma, a una transformación reciente en el ámbito de la Administración, desde una perspectiva global que parece asumir también nuestra legislación en materia de contratación pública, en función de la cual los ciudadanos-consumidores, que antes eran considerados meramente usuarios del servicio público, tienden a erigirse y a identificarse cada vez más como clientes, o en este caso concreto clientes-propietarios, operándose un cambio de actitud esencial, tanto en los propios ciudadanos como en los órganos administrativos que deben hacer frente a sus necesidades, respecto a las exigencias de responsabilidad social aplicables y esperables de las Administraciones públicas.

ecológica, es indispensable para que los licitadores potenciales puedan remitirse a un documento único y oficial, procedente del propio poder adjudicador, sin estar, por tanto, sujetos a los imponderables de una búsqueda de información y a las posibles variaciones en el tiempo de los criterios relativos a una etiqueta ecológica».

¹³⁸ Riesgos que resume, gráficamente, R. MARTÍN MATEO, *Gestión y evaluación de la calidad en los servicios públicos. Segundas jornadas sobre medición y mejora de los servicios públicos*, MAP, Madrid, 1995, pág. 39, en los de «arbitrariedad, cacicazgo y despotismo, más o menos ilustrado». De ahí la necesidad de introducir «ciertos correctivos, dando transparencia y objetividad al procedimiento y, sobre todo, aplicando las reglas fijas del juego, establecidas por supuesto normativamente».

IV. REFLEXIÓN FINAL

La vinculación entre contratación pública y comercio justo se ha procurado justificar a partir del desarrollo de un consumo realmente responsable en los países más desarrollados, con la esperanza de promover un aumento de la conciencia global acerca del impacto de nuestro estilo de vida y apostar por una mayor transparencia y comportamiento ético, en general, como vías irrenunciables para lograr reducir las desigualdades entre países.

Ahora bien, no cabe duda que existe el riesgo de usos abusivos de la etiqueta «comercio justo» sobre la base, precisamente, del silencio de poderes públicos nacionales e interlocutores públicos internacionales acerca de la definición, caracterización y concreción de lo que ha de entenderse por comercio justo. Se ha dejado su articulación al sector privado, con las ventajas e indudables inconvenientes que ello representa.

En este sentido, su fomento e incardinación en el marco de la contratación del sector público exige una cuidadosa reflexión acerca de las vías abiertas por el TRLCSP que habrían de resultar más idóneas para su exigencia y materialización. En cualquier caso, pese a las innegables posibilidades que existen en nuestra legislación contractual, no cabe duda que resultaría aconsejable el desarrollo en sede reglamentaria de aquellas cuestiones que dificultan y obstaculizan actualmente su empleo.

Y es que, si se quiere evitar la conclusión de contratos públicos sobre la base de unos hipotéticos beneficios éticos que después se muestren, sin embargo, en la práctica, completamente ajenos a lo previsto inicialmente, es necesario afinar la respuesta de nuestro ordenamiento jurídico ante cuestiones tales como, entre otras, la promoción de una concurrencia real y efectiva entre los licitadores, la competitividad de sus ofertas y de las condiciones de ejecución contractual proyectadas sobre bases y cálculos realistas susceptibles de comprobación y contraste por parte del órgano contratante o, finalmente, la valoración pública de la posibilidad real que existe de materializar esas propuestas durante la fase de ejecución contractual, trasladando al adjudicatario de forma efectiva el cumplimiento de unos criterios y estándares mínimos que aseguren, en la práctica, la satisfacción de la responsabilidad social que debe presidir los procesos de contratación pública y la promoción, en particular, de las indudables ventajas éticas, sociales y ambientales que comporta el movimiento del comercio justo.