

ASPECTOS SOCIOLABORALES DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: INNOVACIONES Y PUNTOS CRÍTICOS

María Rosa Vallecillo Gámez

*Profesora contratada doctora acreditada a titular de universidad
Universidad de Jaén*

EXTRACTO

El Congreso de los Diputados acordó la aprobación, el pasado 19 de octubre, de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. La visión estratégica de la ley es el impulso de las políticas de desarrollo sostenible que avanza hacia la consideración del contrato público como una inversión más que como un gasto. La novedad que en este trabajo abordamos es lo que en ella se contiene de referencias expresas al valor social de la contratación pública, que se concreta en reforzar la posición de los trabajadores en los contratos, estableciendo obligaciones esenciales en materia de condiciones de empleo y retribución, y en la reorientación de los criterios de valoración de las ofertas utilizando componentes cualitativos de la prestación para la elección de la oferta más ventajosa. Esto supone la inclusión de aspectos sociales en la contratación pública a partir del establecimiento de cláusulas sociales y la ampliación de la posibilidad de reserva de contratos. No ha sido una ley exenta de polémica ni resulta clarificadora en algunos aspectos de los que vamos a tratar, lo que hace especialmente interesante su comentario.

Palabras clave: contratación pública; cláusulas sociales; condiciones de empleo; remuneración; reserva de contratos.

Fecha de entrada: 21-11-2017 / Fecha de aceptación: 21-11-2017

SOCIOOCCUPATIONAL ASPECTS OF THE PUBLIC PROCUREMENT LAW: INNOVATIONS AND CRITIC POINTS

María Rosa Vallecillo Gámez

ABSTRACT

Last October 19, the Congress of Deputies agreed on the approval of Law 9/2017 on Contracts of the Public Sector by which the Directives of the European Parliament and Council 2014/23/EU and 2014/24/EU of February 26, 2014 are transposed into Spanish law. The strategic vision of the law is the promotion of sustainable development policies moving towards the consideration of the public contract as an investment rather than an expense. The novelty that we address in this work, are the express references to the social value of public procurement contained in itself, that is specified in strengthening the workers' position in contracts, establishing essential obligations in terms of employment conditions and retribution, and in the reorientation of the evaluation criteria of the offers using qualitative components of the provision for the selection of the most favourable offer. This implies the inclusion of social aspects in public hiring from the establishment of social clauses and the extension of the possibility of reservation of contracts. It has not been a law without controversy and it is neither clarifying in some aspects that we are about to discuss, which makes its comment especially interesting.

Keywords: public procurement; social clauses; working conditions; salary; reserved contracts.

Sumario

1. Introducción. Una larga tramitación y una «deseada» norma social en un marco administrativo
2. Antecedentes comunitarios: «cláusulas sociales» en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en las directivas
3. ¿Preferencia del convenio sectorial sobre el de empresa?: «quiero, pero no me atrevo»
4. El impacto subrogatorio empresarial de la nueva Ley de Contratos del Sector Público: ¿clarificación de las múltiples contradicciones legales?
5. La inclusión de las cláusulas sociales en los criterios de adjudicación del contrato
 - 5.1. Definición y justificación de la introducción de las cláusulas sociales
 - 5.2. La transposición doctrinal y jurisprudencial
 - 5.3. La inclusión de los objetivos previstos en la exposición de motivos
 - 5.3.1. Las prohibiciones para contratar
 - 5.3.2. La tipificación de los criterios
 - 5.3.3. La fase de ejecución y la introducción de condiciones especiales
 - 5.3.4. La promoción del empleo de las personas con especiales dificultades de inserción. Incumplimientos y criterios de desempate
 - 5.4. Especialidades de contratación pública y aceptación expresa de la concertación social como modalidad no contractual de servicios públicos sociales por entidades no lucrativas
 - 5.5. La reserva de contratos
 - 5.6. Acuerdos marco para la contratación de servicios que faciliten la intermediación laboral
6. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN. UNA LARGA TRAMITACIÓN Y UNA «DESEADA» NORMA SOCIAL EN UN MARCO ADMINISTRATIVO

La [Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público \(LCSP\)](#), transpone al ordenamiento español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, tras una larga y no pacífica tramitación, salpicada por centenares de enmiendas aceptadas en el Congreso –no así las del Senado –, lo que genera notables incertidumbres sobre el alcance de algunas de las mayores novedades que presenta en el ámbito socio-laboral. Esta trasposición se lleva a cabo con retraso, explicado por las vicisitudes políticas para la formación del gobierno. La nueva [LCSP](#) entrará en vigor a los cuatro meses¹ de su publicación (que tuvo lugar el 9 de noviembre de 2017). El marco en el que nace es la [Estrategia Europa 2020](#), para la que la contratación pública resulta un instrumento imprescindible en la consecución de un «crecimiento inteligente, sostenible e integrador». Por lo tanto, su finalidad básica es la de promover el dinamismo económico en el ámbito de las políticas de compra pública, en especial para dar mayor entrada a las pequeñas y medianas empresas (pymes) y autónomos (política de favor hacia el emprendimiento), así como la de dotar de mayor transparencia los procesos de contratación pública, con objeto de evitar la difundida corrupción en su seno. No obstante, siendo una norma económico-administrativa, presta especial atención a cuestiones de índole sociolaboral, que dispersa a lo largo y ancho de la larguísima norma legal (347 artículos, 53 disposiciones adicionales y 16 disposiciones finales) y que la hace acreedora de un análisis en el ámbito de las relaciones laborales y las políticas de mercado de trabajo.

Precisamente, este trabajo pretende realizar una ordenación de las cuestiones de esta naturaleza y que se dispersan en el texto legal, algunas incluso en las disposiciones adicionales. Con carácter general, si bien el texto, a simple vista, puede parecer más continuista de lo que expresan las grandes expectativas creadas por su aprobación (pretendida solución de problemas estructurales de transparencia y de prevención de la corrupción o de la debilidad del control que venían derivados de la dualidad de regímenes jurídicos en función de la consideración, o no, como Administración pública), impulsará nuevas prácticas de gestión de la contratación pública que no solo doten de mayor seguridad jurídica y predictibilidad a un sector de tanta trascendencia económica y social, sino que podrá impregnarlo no solo de enfoques ambientales sino también sociolaborales. En consecuencia, el modelo de contratación pública subyacente no solo aspira a ser mucho más transparente y eficaz, reduciendo su visión burocrática adquirida, sino también más social.

¹ Salvo ciertos preceptos, en especial los relativos a gobernanza, que son de aplicación desde el día siguiente a su publicación.

Desde esta perspectiva, el nuevo marco regulador de la contratación pública tiene vocación de incidir en el modelo de obtención de la ventaja competitiva de las empresas. Así, además de mejorar la eficiencia y la transparencia, la simplificación de los trámites, facilitar la participación de las pymes y propiciar que las Administraciones públicas la empleen para lograr objetivos de bienes comunes, pretendería desplazar el modelo basado única o prevalentemente en la competencia por el precio para asentarlo en una «mejor relación calidad-precio». De ahí el mandato de que los criterios de adjudicación –no ya solo eventualmente los de ejecución– incluyan aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores, eso sí, siempre en gran medida vinculados «al objeto del contrato». La inclusión de esta visión estratégica de contratación pública socioambientalmente orientada, con más atención al papel de fomento del tejido empresarial de pymes, abonaría un progresivo, más ideal que realista, desplazamiento desde la visión puramente económico-administrativa y presupuestaria hacia otra más instrumental a las políticas de índole social, integrando las de política de mercado de trabajo².

La nueva norma legal aspira a mejorar el régimen jurídico y, sobre todo, las prácticas de gestión de los contratos de obras, concesión de obras, servicios, suministros y contratos mixtos adjudicados por parte de sujetos pertenecientes al sector público. Para ello ha acogido una delimitación amplia de organismos del sector público, desbordando el típico ámbito público-administrativo (Administraciones públicas territoriales e institucionales), para incluir a buena parte del sector público-empresarial. De ahí que queden bajo este marco las fundaciones públicas participadas en un 50 % o más por sujetos pertenecientes al sector público, las universidades públicas, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, las entidades públicas empresariales, las entidades con personalidad jurídica creadas para satisfacer una demanda de interés general y los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Financiación de los Partidos Políticos, y las corporaciones de derecho público que cumplan los requisitos para poder ser adjudicatarios. Complementariamente a esta visión estratégica de la contratación pública y en un intento de facilitar una mejor respuesta jurídica a prestaciones alejadas de la lógica del mercado, se introduce en la norma la previsión respecto a las especialidades de contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas. Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter social o sanitario podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios³.

Quedan excluidos los contratos en materia de defensa y seguridad derivados del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE), los basados en la investigación y el desarrollo de un nuevo producto o las compras, suministros, obras y servicios en países terceros ajenos a la Unión Europea donde estén desplegadas las Fuerzas Armadas. Tampoco se aplica a los contratos entre autoridades públicas.

² Un análisis general, en el marco del Derecho de la Unión Europea, en MOLINA NAVARRETE, C.: *El nuevo estatuto de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria*, La Ley, Wolters Kluwer, 2017, capítulo primero, págs. 69 y ss.

³ GIMENO FELIU, J. M.: «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública», en <www.obcp.es> (Opinión, 23 de octubre de 2017).

Frente a la burocratización se promovería la profesionalización del sector, Icaria siempre perseguida pero nunca lograda. El artículo 334 recoge la denominada Estrategia Nacional de Contratación Pública, que, sobre la aspiración de un –ideal– diseño coordinado entre todas las comunidades autónomas y las entidades locales, buscaría hacer de este enfoque profesional la pieza axilar tanto para mejorar la eficiencia económica de la contratación pública –que se quiere cada vez más electrónica– cuanto, por lo que aquí más interesa, para «utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación». Sería el nuevo tiempo, pues, de las cláusulas sociales en todas las fases de los procesos de contratación, también y sobre todo como criterios de adjudicación del contrato (entre otras, fomento de la integración social de las personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación de exclusión social). Entre ellas, y con especial singularidad, sobresaldrían las más netamente de índole sociolaboral, esto es, las relativas a la protección de los trabajadores frente a las prácticas, extendidas, de *dumping* social, esto es, de asentamiento de las adjudicaciones en la presentación de ofertas económicas a la baja y la consiguiente precarización de este empleo privado asociado a la prestación de servicios públicos. Las huelgas y conflictos colectivos de meses atrás (por ejemplo en el sector de la seguridad privada) ponen de manifiesto la trascendencia y el alcance de esta problemática. Por eso, han suscitado un notable interés, tanto social como jurídico, las cláusulas legales de garantía de la obligación de respetar los convenios de sector frente a los convenios de empresa. Pero ¿significa esto que se introduce una suerte de contrarreforma laboral parcial, como algunos sectores ya difunden? Veremos que no. Pero las dudas están servidas.

2. ANTECEDENTES COMUNITARIOS: «CLÁUSULAS SOCIALES» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN LAS DIRECTIVAS

Este relanzamiento de las cláusulas sociales, en general, y de las «sociolaborales», en particular, en los sistemas de contratación pública no nace en el vacío, sino que cuenta con una asentada tradición en la jurisprudencia comunitaria y que hoy se plasmaría en la cláusula social institucional transversal *ex* artículo 9 del TFUE: «en la definición y ejecución de sus políticas y acciones la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social...»⁴. También la introducción de cláusulas sociales en la contratación pública está condicionada por el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), además de por las directivas citadas en el título de la propia ley, que son el marco jurí-

⁴ GIMENO FELIU, J. M.: «Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias», en <www.obcp.es> (Opinión, 9 de febrero de 2016).

dico fundamental del que emana el Derecho de contratos de los Estados miembros, como lo demuestra el nuevo texto que las traspone. Si bien fue el propio TJUE el que introdujo sus fuertes limitaciones, en aras de la defensa primaria de los principios del Derecho Económico (libertad de competencia, libertades de prestación de servicios...), no eran absolutas.

Un breve recorrido por la doctrina jurisprudencial europea nos da una idea de la paulatina asunción de la introducción de criterios sociales en la contratación pública, marcada por una clara dialéctica entre el principio de libre competencia y contratación socialmente responsable, inclinándose la balanza a favor de la primera, que es quien introduce los límites y los condicionamientos a la introducción de los criterios sociales en los procedimientos de contratación⁵. La jurisprudencia comunitaria es prolija y desde el año 1988, con el caso *Beentjes* (STJUE de 20 de septiembre 1988, asunto C-31/87), fue sentando las bases jurídicas para la socialización de la política de compra pública (STJCE de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, asunto C-513/99) siempre que respeten los principios del Derecho de la competencia –publicidad, igualdad entre los licitadores, libre competencia entre empresas de los distintos Estados miembros–. Aunque en el ámbito más estrictamente sociolaboral, las libertades económicas frenaron este fin social, sobre todo por las limitaciones para establecer como condición, incluso de ejecución del contrato de obra pública, un «salario mínimo» (célebre y polémica STJCE de 3 de septiembre de 2008, *Rüffert*, asunto C-346/06), que se han mantenido en el tiempo⁶, los pronunciamientos más recientes abrían nuevos espacios para esta tutela en sede de contratación pública de los salarios convencionales de sector, incluso a través de garantías incluidas en leyes «regionales» (Sentencia *RegioPost*: STJUE de 17 de noviembre de 2015, asunto C-115/14). La sentencia establece la compatibilidad con la normativa que obliga a remunerar a los trabajadores de un contrato con un salario mínimo establecido, no entrando en colisión con el principio de libre prestación⁷. Esta cuestión ahondaba en la evidencia de creación de un marco europeo de protección social, apuntado en 2004 y reforzado en la *Directiva 2014/24/UE*, incluida en las «de cuarta generación»⁸.

De todo este bagaje (acervo) comunitario, no siempre inequívoco, bebe la nueva *LCSP*. Aunque, a nuestro juicio, la novedad más importante, puesto que lo anterior ya estaba incluido como posibilidad en la *Ley de 2011*, es la pretensión –veremos con qué éxito práctico en el futuro inmediato– de normalizar los criterios sociales para el cálculo de la «oferta económica más ventajosa».

⁵ ROMEO RUIZ, A.: «Las cláusulas sociales en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y el nuevo paradigma de la contratación pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 108, mayo-agosto de 2017, pág. 134.

⁶ GALLEGO CÓRCOLES, I.: «Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 113, 2011, págs. 64-69.

⁷ Vid. CALVO GALLEGU, J.: «De las migraciones por el empleo a las migraciones en el empleo: las normas como ventaja competitiva entre Estados y el riesgo de *dumping* social», *RTSS.CEF*, núm. 416, 2017, págs. 17-51.

⁸ BENACCHIO, G. A.: «Verso le Direttive di quarta generazione», en Benacchio, G. A. y Cozzio, M. (coords.): *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milán, 2012, pág. 8.

3. ¿PREFERENCIA DEL CONVENIO SECTORIAL SOBRE EL DE EMPRESA?: «QUIERO, PERO NO ME ATREVO»

Según el artículo 102 de la **LCSP**, «los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto». En la determinación de este precio son clave los costes laborales, de ahí que, sea por razones de transparencia y estabilidad de los mismos, sea por razones de prevención del *dumping* social, una finalidad fundamental de la **LCSP**, en su tramitación parlamentaria, no tanto en el proyecto, era garantizar la vigencia de los convenios sectoriales, naturalmente sin alterar la preferencia estatutaria de los de empresa *ex artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores* (ET).

Las referencias expresas a la aplicación de los convenios colectivos sectoriales figuran de manera extensa en la **LCSP** (arts. 122 –pliegos de cláusulas administrativas particulares–, 149 –ofertas anormalmente bajas– y 202 –condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden–). Como la formulación resultaba notable –y deliberadamente– ambigua, pues bien pudiera pensarse que se estaba garantizando la preferencia del convenio sectorial sobre el de empresa, corrigiendo tácitamente la preferencia inversa del **artículo 84.2 del ET** –que no se derogaba–, según puso de relieve el análisis sindical de la propuesta de reforma, el Grupo Parlamentario Popular hizo valer su mayoría absoluta en el Senado para dejar bien claro que no se alteraba nada del régimen precedente⁹. Sin embargo, todas estas enmiendas fueron rechazadas en la segunda lectura en el Congreso, volviendo a la fórmula originaria.

¿Qué significa, pues, que se debe garantizar «la obligación de cumplir con los convenios sectoriales vigentes que resulten aplicables» hasta rechazar las ofertas de los licitadores que resulten «anormalmente bajas» por un incumplimiento de aquella, como reza expresamente el artículo 149 de la **LCSP** o su artículo 202? Aunque una lectura literal y precipitada podría llevar, más voluntariosa que técnicamente, a considerar iniciada esa contrarreforma laboral, por una vía des-localizada e indirecta, como es una norma administrativa, parece claro que de una interpretación sistemática de todos los preceptos de ambos bloques normativos se extrae una solución de continuidad. Ni el **artículo 84.2 del ET** ha sido derogado, ni expresa ni tácitamente, ni resultaría nada irreconciliable el deber de garantizar el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales, siempre que estén vigentes y resulten aplicables, lo que no sucedería si un convenio de empresa los desplaza *ex artículo 84.2 del ET*. En ningún momento se expresa que garantizará el sectorial por encima de cualquier otro, sino que dice que se garantizará el sectorial aplicable, pero no lo estará si ha sido desplazado, en las materias que prevé el **artículo 84.2 del ET**, por un convenio de empresa.

⁹ Las enmiendas que se pretendieron incluir en la tramitación del Senado proponían la sustitución de «la obligación del adjudicatario de cumplir con las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación» por el de «la obligación del adjudicatario de cumplir con las condiciones salariales establecidas *en el convenio colectivo que le sea de aplicación*». Un extenso e ilustrativo recorrido de la tramitación de esta cuestión la realiza ROJO TORRECILLA, E.: «¿El inicio de la contrarreforma laboral? La prioridad de los convenios sectoriales en la Ley de contratos del sector público (frente a la de los convenios de empresa en la Ley del Estatuto de los Trabajadores)», en <www.eduardorojotorrecilla.es> (22 de octubre de 2017).

Esta lectura conciliadora es la que resultaría, además, tanto de la jurisprudencia contenciosa como de la doctrina judicial en este ámbito jurisdiccional, dictadas en relación con diversas normas autonómicas que, a través de diferentes técnicas, perseguían un mismo objetivo de favorecer el respeto de las condiciones pactadas en los convenios colectivos de sector, frente al riesgo de *dumping* social presente en los convenios de empresa¹⁰. No por ello debe infravalorarse la importancia de esta garantía de transparencia y estabilidad.

Como tampoco debería subestimarse el papel de la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, incluso en el ámbito sociolaboral, siempre que no supongan una contradicción de raíz con normas de rango legal en el ámbito laboral, como parece dar a entender la, ambigua y restrictiva, doctrina de la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 220/2017, de 7 de junio](#). Esta resuelve un recurso presentado por la Asociación de Compañías de Seguridad Privada contra la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 3 de febrero de 2016, que había desestimado el recurso especial en materia de contratación contra pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicios para protección de la seguridad en edificios municipales, cuestionando el criterio de preferencia incluido en el compromiso de aplicar durante la vigencia del contrato el convenio colectivo estatal vigente en todo lo referente a retribuciones¹¹. Para la doctrina de apelación contencioso-administrativa, si la empresa cumple con los criterios retributivos establecidos correspondientes a sus trabajadores, no habría razón objetiva para primar la aplicación de una u otra regulación de salarios. A su juicio:

«el órgano de contratación realiza una clara injerencia tanto en cuestiones que serían materia de regulación por los órganos competentes según la legislación laboral, como es la libertad de empresa en las relaciones con su personal al amparo de la nor-

¹⁰ SSTS, Sala 3.ª, de 26 de noviembre de 2015, 23 de mayo de 2016, 31 de mayo de 2016 y 2 de junio de 2016. En juego están normas tales como la Instrucción del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Bizkaia de 29 de octubre de 2013, sobre criterios de mantenimiento de las condiciones de trabajo y medidas de carácter social para su aplicación en los procedimientos de contratación de la Diputación Foral de Bizkaia; Norma Foral 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del sector público foral; Norma Foral 1/2014, de 12 de febrero, para la incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del sector público foral, aprobada por las Juntas Generales de Araba; Decreto Foral n.º 3/2017, de 17 de enero, para la incorporación de cláusulas sociales, medioambientales y relativas a otras políticas públicas en el procedimiento de contratación foral de Bizkaia. Para un análisis más en profundidad, *vid.* MOLINA NAVARRETE, C.: «Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de "legitimidad" al de sus "límites"», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar*, núm. 135, 2016, págs. 79-110; MIRANDA BOTO, J. M.: «Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea», *Lex Social: revista de los derechos sociales*, núm. 2, 2016, págs. 69-91; LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E.: «La introducción del salario mínimo en la contratación pública: análisis jurisprudencial del TJUE y del TSJPV», *Revista de Derecho Social*, núm. 71, 2015, págs. 125-146, y «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de exigir la aplicación del convenio colectivo del lugar de ejecución en la contratación pública», *Lan Harremanak*, núm. 36, 2017, págs. 138-153.

¹¹ Un interesante comentario en ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Un paso atrás en la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública como mecanismo preventivo de conflictos colectivos», *RTSS.CEF*, núm. 415, 2017, págs. 196-201.

mativa vigente, pues de facto se viene a sancionar aquellas compañías que hagan uso de los derechos que les concede la legislación actual derivada de las medidas urgentes de reforma del mercado laboral, contenidas en la Ley 3/012, que modifica el artículo 84.1 y 2 del ET, donde se avala la posibilidad de sustituir los convenios nacionales por los convenios de empresa».

4. EL IMPACTO SUBROGATORIO EMPRESARIAL DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: ¿CLARIFICACIÓN DE LAS MÚLTIPLES CONTRADICCIONES LEGALES?

En esta misma dirección de reforzar la posición de los trabajadores, estableciendo obligaciones esenciales relativas a la calidad de las condiciones de empleo y de retribución –además de los artículos más arriba analizados, cabe destacar el art. 208–, cuyo incumplimiento puede justificar la resolución del contrato público (art. 211 LCSP), ha de incluirse la nueva regulación legislativa ofrecida en torno a la cuestión jurídico-laboral, especialmente compleja –puede comprobarse en el monográfico dedicado al tema en la sección «Diálogos con la jurisprudencia» de este número–, de las garantías de subrogación empresarial cuando se produce una transmisión de empresa *ex artículo 44 del ET*, así como cuando tiene lugar mediante las cláusulas convencionales de garantía de tal efecto (convenios colectivos o acuerdos colectivos de eficacia general). Claves al respecto serán las novedades, aun dentro de una orientación general también marcadamente continuista con el Derecho vigente, contenidas en los artículos 130 y 308.2 de la LCSP –sin perjuicio de las matizaciones incluidas en el art. 98 LCSP (fusiones)–, a las que le dedicaremos un análisis más exhaustivo.

Sin perjuicio del reforzamiento de las obligaciones informativas del órgano de contratación sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores que resulten afectados por la subrogación –art. 130.1 LCSP–, al objeto de evaluar el coste de la medida y dentro del principio más general de refuerzo de la transparencia del proceso¹², con inclusión de los socios trabajadores de las cooperativas, así como de las personas con discapacidad de los Centros Especiales de Empleo (CEE), conforme al artículo 130.2 de la LCSP, expresas acciones directas contra el contratista saliente para los casos de desajustes entre lo informado y lo real –art. 130.5 LCSP–, destacan especialmente las reglas que resaltan la obligación de subrogación cuando medie norma legal, convenio colectivo o acuerdo colectivo de eficacia general. Pero aún más señera es la regla que prevé tal efecto en caso de reversión de servicios públicos –art. 130.3 LCSP–:

¹² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 29, 2017, págs. 19-39. Para este criterio consolidado en la jurisprudencia contencioso-administrativa *vid.*, entre otras, las SSTs/Social de 4 de junio de 2013, rec. 58/2012; 20 de septiembre de 2010, rec. 17/2010, y 14 de septiembre de 2015, rec. 191/2014.

«En caso de que una Administración pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general».

Dejando a un lado la no banal cuestión relativa al favor de la **LCSP** por la posición administrativista y en detrimento de la laboralista, de modo que pareciera excluir del efecto de subrogación las obligaciones en tal dirección que pudieran prever los pliegos de condiciones administrativas, pese a la apertura permitida a tal fin por la doctrina del TJUE¹³, es evidente que la cuestión central que suscita esta regulación novedosa está en la necesidad, una vez más, de conciliar los diferentes bloques normativos en juego: el laboral, de un lado, y el administrativo-presupuestario, de otro. Y ello es así porque, como es sabido, hay un creciente sector de doctrina laboralista que, tributario, en exceso, de otro de la doctrina administrativista, considera que ha nacido una nueva modalidad de trabajador público, que siendo dependiente de un empleador público, sin embargo parecería no tener la condición de empleado público *ex* artículo 8 del **Estatuto Básico del Empleado Público** (EBEP)¹⁴.

Aunque para un estudio más detenido de esta problemática, sobre todo a partir de la jurisprudencia más reciente, tanto nacional como comunitaria, remitimos al completo monográfico contenido en esta revista en la sección «Diálogos con la jurisprudencia», aquí es importante subrayar que tal precepto (art. 130.3 **LCSP**) parecería clarificar, desautorizando la interpretación más disruptiva respecto del artículo 8 del **EBPE** –creación de una nueva modalidad de empleados públicos sin tal condición que llevaría al paroxismo la, ya de por sí ensombrecida, figura de los indefinidos no fijos–, la previsión de la disposición adicional 26.ª de la **Ley 3/2017, de 27 de junio**, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017¹⁵. El artículo 308.2 lo ratificaría.

En efecto, el artículo 308.2, párrafo segundo, de la **LCSP**, si bien parece establecer una nueva colisión con el artículo 130.3 de la **LCSP**, realmente no hace sino clarificarlo, poniendo de relieve que siendo indisponible, ni por ley ni por convenio colectivo, menos por decisión unilateral,

¹³ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «**Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y subrogación de empresa**», en <ignasi-beltran.com> (13 de noviembre de 2017).

¹⁴ *Cfr.* LÓPEZ CUMBRE, L.: «**Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público**», *Revista Galega de Derecho Social*, núm. 3, 2017, págs. 101-147. En contra, con mejor argumentación jurídica, que compartimos en lo sustancial, MOLINA NAVARRETE, C.: *Nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria, op. cit.*, págs. 315 y ss.

¹⁵ Esta disposición adicional hace referencia a las limitaciones a la incorporación del personal laboral al sector público, estableciendo la no consideración de empleados públicos, por tanto, negándoles la consideración de indefinidos no fijos, entre otros «A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos».

el deber de incorporación en las plantillas públicas del «personal subrogado», tras la reversión de servicios públicos, esta integración no podrá hacerse nunca a título de «personal fijo», sino de personal indefinido, aunque no utilice esta denominación, complicando en gran medida la solución¹⁶. La prohibición de «no consolidación» como empleado público fijo solo puede tener el sentido lógico de excluir el acceso a tal condición fuera de los procedimientos establecidos para ello en el Derecho administrativo, pero jamás en el de exclusión de su condición de personal público, pues así lo exige no ya el artículo 44 del ET sino la Directiva 2001/23, conforme ratifica el TJUE¹⁷. A nuestro juicio, no han de aprovecharse las nuevas reglas legales para introducir más confusión en un asunto delicado y complejo, sino, al contrario, para introducir coherencia y racionalidad.

Una máxima de interpretación que no parece presidir otra de las polémicas que abren los nuevos textos –no necesariamente nuevas reglas en su proyección práctica– de la LCSP. Me refiero ahora a las dudas interpretativas que presenta la llamada a la inclusión en las posibilidades de subrogación de los CEE. Concretamente, el segundo párrafo del citado artículo 130.2 de la LCSP establece que «cuando la empresa que viniese efectuando la prestación del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato». Bien es sabido que los CEE cuentan en su plantilla tanto con trabajadores con discapacidad como sin discapacidad, aunque aquellos deben ser mayoría –más del 70%–, por tanto, la referencia a la subrogación de «todas las personas con discapacidad» parece excluir a la parte de la plantilla que carece de esta cualidad, además de poderse pensar que la subrogación de este colectivo sería obligatoria con independencia de lo establecido en el artículo 44 del ET o en el convenio de aplicación. Además, cabe plantearse la duda de la continuidad de los contratos cuando la empresa, no siendo un CEE, incluya personas con discapacidad.

La jurisprudencia mantiene la aplicación de las cláusulas subrogatorias para los CEE aun cuando queden fuera del ámbito de aplicación del convenio colectivo, siendo el CEE tanto la contratista subrogada como la saliente. De hecho, el Tribunal Supremo ha entendido que esta exclusión no impedía que fueran de aplicación las reglas previstas para la «sucesión de plantilla». A tal fin establece que si la empresa adjudicataria, con independencia de tener o no reconocidos los posibles beneficios de CEE, concurre a una contrata en la que la actividad a desarrollar es otra diferente a la que figura en el ámbito funcional de su específico convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo; afectándole, en consecuencia, en el presente caso las normas cuestionadas sobre subrogación¹⁸.

¹⁶ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «Ley 9/2017...», *op. cit.*

¹⁷ STJUE de 19 de octubre de 2017, C-200/16, *Securitas*. Vid. el «Diálogo con la jurisprudencia» del profesor Cristóbal MOLINA NAVARRETE en este mismo número y revista.

¹⁸ SSTs de 20 de febrero de 2013, recurso 3081/2011, y 9 de abril de 2013, recurso 304/2012, entre muchas.

Finalmente, en lo que se refiere a la obligación de responder de los salarios impagados en un proceso de subrogación, el apartado 6 del artículo 130 establece que corresponde al contratista saliente y no al nuevo, de manera que de las cantidades pendientes de abonar al contratista por parte de la Administración, esta «procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de estos», exceptuando la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario, quedando este último exento de la obligación de pago. Esto, a pesar de la remisión al [artículo 44 del ET](#), no parece que pueda ser viable en los traspasos que se produzcan en el marco de la [Directiva 2001/23](#), cuyo artículo 3.1 establece que «los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso». Por tanto, parece que el artículo que nos ocupa hace referencia a los casos de subrogaciones *ex convenio* o acuerdo colectivo de eficacia general con subrogación de un número de trabajadores inferior al que pueda considerarse «parte esencial de la plantilla», como se ha comentado con anterioridad.

5. LA INCLUSIÓN DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

5.1. DEFINICIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LA INTRODUCCIÓN DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES

Se definen las cláusulas sociales como la inclusión de aspectos sociales en los procesos de contratación pública, ya sea como criterio de adjudicación, como condición de ejecución o como reserva de mercado. La importancia de la introducción de estas cláusulas en los procedimientos de contratación pública se justifica en el hecho de que aproximadamente un 20 % del PIB se destina a este potencial económico. La plena legalidad de la inclusión de las cláusulas sociales en esta norma, incluso en la anterior que esta deroga, como consecuencia de la transposición de las directivas comunitarias, va más allá de la mera facultad legal, generando una nueva cultura de la contratación pública con resultados sociales demostrados. La contratación pública socialmente responsable permite, de esta manera, disponer de nuevas herramientas de política social en materia de discapacidad, inserción laboral, calidad en el empleo, igualdad de género o comercio justo y el empleo por parte de las Administraciones públicas de sus fondos con una verdadera orientación social sin perder de vista la eficiencia de los fondos a través de la generación de sinergias.

Dado su peso específico en el contexto económico europeo, la contratación pública ha de avanzar hacia una mayor transparencia y eficiencia, así como procurar unos beneficios, el de los ciudadanos y el de las empresas y los poderes públicos. Es fundamental, en la consecución de estos objetivos, que los procedimientos de contratación se desarrollen según los principios de transpa-

rencia, eficiencia e integridad, con el fin de salvaguardar la calidad en la prestación de servicios públicos y servir al interés público, según las recomendaciones de la OCDE¹⁹. Si atendemos a la [Comunicación Europa 2020](#)²⁰ de la Comisión Europea, en ella se ha marcado como elemento necesario para la consecución del triple objetivo de la Estrategia Europa 2020 de lograr un crecimiento sostenible, inteligente e innovador, que la garantía del interés público y el beneficio de los ciudadanos en la gestión de la contratación pública han de tener en cuenta la perspectiva social.

El nuevo texto publicado introduce una visión estratégica importante para impulsar políticas de desarrollo sostenible, impulso a la innovación y consolidación del tejido empresarial de las pymes, convirtiendo esta visión en el principal eje de la contratación y avanzando hacia una visión más cercana a la consideración del contrato público como inversión y no como gasto, superando así la tradicional aplicación economicista de los procedimientos de contratación pública en España. De esta manera, incorpora referencias expresas –art. 1.3– al valor social y ambiental y a la protección de las pymes, sin vulnerar los principios de contratación pública²¹. Se muta así, de una visión presupuestaria hacia una perspectiva instrumental de implementación de políticas públicas, reforzando la posición de los trabajadores en los contratos, como hemos visto en el apartado anterior, estableciendo obligaciones esenciales relativas a la calidad de las condiciones de empleo y de retribución, y se elimina la posibilidad de *dumping* social a través de la precarización de las condiciones laborales con el establecimiento de la obligación de respetar los convenios sectoriales, tal y como hemos analizado en el apartado anterior y con incidencia en las políticas sociales y ambientales²².

Es necesario también destacar que la ley recoge la posibilidad de que en los procesos de contratación las Administraciones públicas puedan consultar a las organizaciones sociales en el proceso de adjudicación de los contratos para verificar los criterios sociales que presentan las empresas en sus ofertas. Con esto se da participación a estas entidades en el diseño y elaboración de las ofertas.

5.2. LA TRANSPOSICIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Todas estas importantes cuestiones reorientan la finalidad de los criterios de adjudicación desde la perspectiva estratégica –arts. 131.2 y 145.1–, que indican que la adjudicación se reali-

¹⁹ OCDE: «[Corruption in public procurement](#)», 2016.

²⁰ Comisión Europea: «[Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador](#)», Bruselas, 2010.

²¹ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M.: «[Avanzando en la contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación](#)», en <www.obcp.es> (Opinión, 22 de junio de 2015).

²² MARCHAL ESCALONA, N.: «[Las cláusulas sociales en los contratos públicos: ¿son contrarias al Derecho de la Unión Europea?](#)», *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 3, 2016, págs. 12-26.

zará ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios basados en el principio de mejor relación calidad-precio, desapareciendo la mención a la «oferta económicamente más ventajosa», para introducir un componente cualitativo de la prestación a la hora de decidir la mejor oferta. El artículo 146 ya no incluye el concepto de precio como elemento principal, sino el de costes o rentabilidad, que incluso incorpora la puesta en valor de los servicios intelectuales, cuestión largamente reclamada desde los servicios técnicos de ingeniería y arquitectura.

En este sentido, la sustitución de la denominación «criterios de valoración de ofertas» por «criterios de adjudicación del contrato» y «oferta económicamente más ventajosa» por «mejor calidad-precio» ha sido una de las novedades más relevantes. Los criterios que se establezcan tienen que estar vinculados al objeto del contrato, de manera objetiva y con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, con la limitación de concesión al órgano de contratación de una ilimitada libertad de decisión, garantizando, además, que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

La ley clasifica la naturaleza de los criterios establecidos en criterios económicos y criterios cualitativos. Los criterios económicos son aquellos relacionados con los costes que hacen referencia al precio o a la búsqueda de la rentabilidad, como, por ejemplo, la introducción del coste del ciclo de vida. Pero los que a nosotros nos interesan en este comentario son los referidos al ámbito cualitativo, esto es, los que van más allá de la mera concepción monetaria, incluyendo el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la accesibilidad, el diseño universal, las características sociales y las cuestiones medioambientales. Pero también, la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato. Para garantizar la inclusión de estos criterios cualitativos se exige que estos supongan, al menos, el 51 % de la puntuación en los contratos de servicios listados en el anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter individual.

De todas maneras, se descarta la posibilidad de que solo aparezcan criterios cualitativos puesto que en el último párrafo del artículo 145.2 se dispone que estos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes que, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad. También el artículo 147 permite la posibilidad de que los pliegos incluyan criterios de desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas. En defecto de previsión, el desempate se resolverá mediante la aplicación, por orden, de los criterios sociales establecidos en el artículo 147.2. Por tanto, es innegable la importancia que a la introducción de estos criterios se otorga en el nuevo texto legal.

La ley deja clara, por tanto, la búsqueda preceptiva y transversal de objetivos sociales y medioambientales y realiza un alegato sobre la eficiencia de la contratación responsable, a la vez que esgrime desde el inicio la necesidad de facilitar el acceso de las pymes, así como de la economía social y el tercer sector a la contratación pública. En este sentido ha sido importante la participación de la Plataforma del Tercer Sector a través de las propuestas en materia social, de

inclusión y discapacidad, presentadas a los grupos políticos en 2016 y que, a juicio de esta plataforma, han sido incluidas en la norma²³.

Tal y como hemos apuntado en la introducción, el objetivo de «selección de la oferta económicamente más ventajosa» es el que marca la introducción de los criterios sociales en el objeto del contrato. Ya en 1997, el Tribunal Supremo, en su [Sentencia de 23 de mayo](#)²⁴, respalda las posibilidades de incorporación de estas políticas al afirmar que «la Administración no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más favorable al interés público». Este objetivo se establece en el artículo 1, dedicado al objeto y finalidad de la ley²⁵. Así, en su apartado 3 recoge la esencia de este objetivo en el siguiente tenor literal «En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social».

5.3. LA INCLUSIÓN DE LOS OBJETIVOS PREVISTOS EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El análisis de la introducción de las cláusulas sociales como objetivo de la ley nos lleva a la comprobación de si el articulado responde a lo establecido en la exposición de motivos: que las consideraciones sociales, ambientales y de innovación sean los verdaderos objetivos buscados cuando se inicia el proyecto.

Para empezar, contrasta el objeto y finalidad de la ley, previsto en el artículo 1, con lo afirmado en la exposición de motivos. En primer lugar, se omite toda referencia a los objetivos de la [Estrategia Europa 2020](#), y en segundo lugar, obvia toda referencia a la búsqueda de objetivos sociales, ambientales y de innovación, ni siquiera de manera genérica en la enunciación de los objetivos y fines de la ley. Esta redacción sugiere la afirmación de que «el papel lo aguanta todo»²⁶. No obstante, debe reconocerse un cierto avance en la materia con respecto al texto anterior, al introducir estos criterios en las diferentes fases de la contratación. Así se establece como prohibición

²³ *Vid.* «La Plataforma del Tercer Sector satisfecha con la inclusión de cláusulas sociales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en <www.plataformatercersector.es> (Noticias, 20 de octubre de 2017).

²⁴ Recurso 12365/1991.

²⁵ Artículo 1.1: «La presente ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones (...) y de asegurar (...) la selección de la oferta económicamente más ventajosa».

²⁶ RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.: «El proyecto de ley de contratos del sector público. Una tramitación parlamentaria acelerada», en <www.obcp.es> (Opinión, 8 de diciembre de 2016).

para contratar a las empresas que hubieran incumplido las obligaciones legales o convencionales en materia laboral, fiscal o ambiental los criterios de adjudicación del contrato –recogidos en el art. 145–, el cálculo del ciclo de vida –art. 146– o la condición especial de ejecución del contrato –art. 200–²⁷. Es importante no olvidar las reservas de contratos que se extienden desde los CEE, como destinatarios de las mismas, a las empresas de inserción y a la ejecución de contratos en el marco de programas de empleo protegido, que se recogen en la disposición adicional cuarta.

5.3.1. Las prohibiciones para contratar

El artículo 71 de la ley es continuista con respecto al artículo de la vigente norma, de manera que estas prohibiciones siguen centrándose en aquellas empresas que hayan sido condenadas en firme por fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o delitos contra los trabajadores²⁸. Se mantiene igualmente la prohibición para contratar para las empresas que hubieran sido sancionadas por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de personas con discapacidad, o de extranjería, o por infracción muy grave en materia medioambiental. Continúa manteniéndose la prohibición de contratar para aquellas empresas que no se hallen al corriente de sus obligaciones en materia de tributos o con la Seguridad Social y las que, contando en su plantilla con más de 50 trabajadores, no cumplan el requisito de que al menos el 2 % de su plantilla sean personas con una discapacidad reconocida.

El incumplimiento que derive en sanción firme por infracción grave en materia social supondrá la prohibición para contratar de las empresas o personas que hayan incumplido cuestiones tales como la integración laboral y la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o la norma vigente en materia de extranjería, o en materia laboral o social de acuerdo con lo establecido en el [texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social](#)²⁹. Igualmente, en el mismo artículo, apartado 1 d), se establece una prohibición para contratar a las empresas que con más de 250 trabajadores no cumplan «con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres», cumplimiento que se acreditará con la declaración responsable a que hace referencia el artículo 140.

²⁷ VALLECILLO GÁMEZ, M. R. y GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, J. J.: «[La responsabilidad social pública como elemento de política de empleo](#)», *CIRIEC- España. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 87, 2016, págs. 1-28.

²⁸ MEDINA ARNAIZ, T.: «La aplicación de las prohibiciones para contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Las nuevas directivas de contratación pública (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Zaragoza: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 383-394.

²⁹ Artículo 71.1 b).

5.3.2. La tipificación de los criterios

La ley sí introduce novedades en lo que a incorporación de consideraciones sociales realiza en el artículo 145, que regula los criterios de adjudicación del contrato. Estos criterios, con fundamento en la jurisprudencia del TJUE, se insiste en que deberán tener vinculación con el objeto del contrato de manera que se fijen clara y objetivamente en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones. Igualmente, deberán respetar los principios de la contratación pública de transparencia, igualdad y no discriminación y proporcionalidad, además de no otorgar, como ya hemos comentado, un poder ilimitado al órgano de contratación, garantizando, a su vez, que las ofertas se evalúen en condiciones de competencia efectiva. Fue la enmienda 43 la causa del cambio y la promotora de esta introducción, provocando un giro de enfoque en la contratación pública.

Es indudable que, en esta cuestión, lo interesante son los criterios tipificados como cualitativos por estar orientados a la oferta que suponga una mejor relación calidad-precio, que es donde se introducen las valoraciones correspondientes a las características sociales, ambientales e innovadoras, cuestión que va más allá de lo que con anterioridad se establecía en la ley en vigor. Se ha incluido una lista extensa de cláusulas sociales para proteger y fomentar los derechos laborales, la igualdad entre mujeres y hombres, la agricultura y ganadería ecológicas o sostenibles, el comercio justo, la protección del medio ambiente, de manera que sean criterios a valorar en la contratación de una u otra empresa. Las Administraciones y ayuntamientos que quieran aplicarlas ya no tendrán la incertidumbre de estar incumpliendo la ley.

El artículo 145, por tanto, establece los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato, basados en la mejor relación calidad-precio, para lo que se introducen, además de las condiciones económicas, otras de carácter cualitativo basadas en los aspectos medioambientales o sociales. Además, el artículo 145.9 establece una serie de prioridades en caso de que sea necesario aplicarlas para situaciones de empate y prevé la inclusión de criterios sociales como cláusulas de desempate, priorizando a aquellas empresas que tengan un número de trabajadores con discapacidad superior al 2%, que se trate de empresas de inserción de las reguladas en la [Ley 44/2007](#), en el caso de contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, que se trate de entidades sin ánimo de lucro cuya actividad guarde relación directa con el objeto del contrato, que se trate de organizaciones de comercio justo y aquellas empresas que hayan ofertado medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad entre ambos sexos.

Aunque reconocemos el avance que ha supuesto el artículo 145 en la incorporación de las cláusulas sociales, no está exento de crítica puesto que se queda corto en relación con las promesas que se incluyeron en el [Programa Nacional de Reformas de 2014](#), en el que se proponía que la adjudicación recayera siempre en «la oferta económica y social más ventajosa», de manera que podía haberse establecido que los criterios sociales de desempate, contenidos en el artículo 145.9, fueran de contenido obligatorio y no meramente potestativo³⁰.

³⁰ VALLECILLO GÁMEZ, M. R. y GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, J. J.: «La responsabilidad social pública como elemento de política de empleo», *op. cit.*, pág. 20.

5.3.3. La fase de ejecución y la introducción de condiciones especiales

De la misma manera que la ley establece la introducción de cláusulas sociales en la fase de adjudicación, tal y como hemos visto, en la fase de ejecución también es posible el establecimiento de condiciones especiales de carácter social, ético o ambiental, con la condición de que estén vinculadas al objeto del contrato –tanto para contratista como para subcontratista, en su caso, de esta manera no se utilizará la subcontrata como medio para evitar el cumplimiento de las cláusulas– y no sean discriminatorias e incompatibles con el Derecho comunitario. Siguiendo la técnica de listado vista con anterioridad para incluir los criterios de carácter cualitativo, se establece una lista de condiciones posibles que pueden considerarse como condiciones especiales de ejecución pero que constituyen un *numerus apertus*. El legislador deja así en manos de los órganos de contratación la posibilidad de su introducción, considerando la obligatoriedad de las mismas. Se arbitran también, a lo largo de todo el texto, diversos medios de prueba verificables para que en los contratos de suministro, la agricultura y ganadería ecológica, sostenible o desarrollada con criterios sociales y ambientales puedan favorecerse sin restricciones técnicas –etiquetas de cualquier tipo, informes externos, informes técnicos u otros medios de prueba–.

Las finalidades previstas en la ley para la introducción de las cláusulas sociolaborales son igualmente muy amplias, si bien no incorporan novedad relevante respecto de la regulación precedente (ej.: garantía de los convenios internacionales sobre personas y grupos especialmente vulnerables, sean de la ONU, sean, sobre todo, de la OIT; cuestiones de género; desempleo juvenil; conciliación de la vida laboral y familiar; seguridad y salud en el trabajo, respeto a condiciones mínimas, así como de mayor transparencia y trazabilidad, en toda la cadena comercial o cadena de valor, etc.). En estas cuestiones de ámbito social, y como viene siendo habitual en las normativas de más reciente publicación, se ha transversalizado un enfoque de género en la ley de manera que se prohíbe licitar a aquellas empresas que no hayan cumplido con su obligación de implementar planes de igualdad³¹. El fomento de la contratación femenina podrá valorarse como criterio de adjudicación, así como la capacidad de reducción del desempleo de mujeres, la conciliación laboral y el fomento de la igualdad podrán ser igualmente condiciones especiales de ejecución. Las organizaciones que trabajan por la igualdad de género podrán ser consultadas para evaluar las ofertas relacionadas con la materia.

5.3.4. La promoción del empleo de las personas con especiales dificultades de inserción. Incumplimientos y criterios de desempate

El incumplimiento del artículo 42 del [Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con dis-

³¹ AYMERICH CANO, C. y FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J.: «El tratamiento de las cláusulas sociales en la normativa reguladora de la contratación pública. En particular las cláusulas sociales como criterio de adjudicación de los contratos», en Pernas García, J. J. y Rodríguez-Arana Muñoz, X. (coords.) y Jiniesta Lobo, E. (dir.), «El Derecho administrativo en perspectiva: en homenaje al profesor José Luis Meilán Gil», Buenos Aires: RAP editores, 2014, págs. 33-52.

capacidad y de su inclusión social, en lo que se refiere al requisito para las empresas de 50 o más trabajadores de que al menos el 2% de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, también supone la exclusión de la participación en un proceso de contratación [art. 71.1 d) **LCSP**]. El cumplimiento de esta norma se acreditará a través de la declaración responsable regulada en el artículo 140: «en los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la disposición adicional cuadragésima octava o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación».

La ley prevé explícitamente que respecto a los criterios a tener en cuenta en las situaciones en las que haya que proceder a un desempate, se estará a lo que venga establecido en el pliego. En aquellos casos en los que los pliegos no prevean los criterios de desempate, la propia ley –art. 147.2– fija el orden de aplicación de los mismos a emplear tras los criterios de adjudicación a través de criterios sociales relacionados con la inserción laboral de colectivos con especiales dificultades. El orden da prioridad a las empresas en cuya plantilla exista un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad –estableciendo la «preferencia en la adjudicación de contrato al licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla», art. 147.1 a)– o en riesgo de exclusión social, primando en situaciones de igualdad el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión. Los siguientes criterios de desempate son que la empresa cuente con un menor número de contratos temporales y mayor porcentaje de mujeres empleadas, en este orden. Si sigue persistiendo el empate, este se dirimirá por sorteo. Se favorecerá de esta manera, en el establecimiento de los criterios de desempate, la inclusión de un porcentaje mayor al establecido normativamente en la plantilla de personas con discapacidad.

Igualmente, se dará prioridad a las proposiciones de empresas de inserción calificadas como tal de las reguladas en la **Ley 44/2007**. También serán preferentes en situaciones de desempate las proposiciones presentadas por aquellas empresas que incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Y las de entidades de comercio justo en los contratos en los que figure esta alternativa. Para finalizar esta fase de ejecución, es obligado comentar que el artículo 201 establece la obligación de los órganos de contratación de garantizar que en la ejecución de los contratos se cumplan, por parte del contratista, las obligaciones establecidas en materia medioambiental, social y laboral, según lo establecido en los derechos de la Unión Europea y nacional, en los convenios colectivos o las disposiciones de derecho internacional en estas materias que vinculen al Estado. El incumplimiento de estas obligaciones, en especial las referidas al retraso o impago de salarios o aplicación a la baja de los convenios colectivos, es causa de penalidades, tal y como se establece en el artículo 192 de la **LCSP**.

5.4. ESPECIALIDADES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ACEPTACIÓN EXPRESA DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL COMO MODALIDAD NO CONTRACTUAL DE SERVICIOS PÚBLICOS SOCIALES POR ENTIDADES NO LUCRATIVAS

Entre las novedades con respecto a la legislación vigente destaca la aceptación expresa de la concertación social como modalidad no contractual de gestión de servicios públicos de carácter social por parte de entidades no lucrativas del tercer sector.

La ley establece especialidades en la contratación de servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas, en sus disposiciones adicionales 47.^a, 48.^a y 49.^a, y fija su atención en el uso de criterios vinculados a la mejor calidad de la prestación desde la perspectiva del ciudadano, tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato, la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta o el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios³².

Como complemento a la visión estratégica de la contratación pública se introduce una previsión respecto de las especialidades de contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas, lo que facilita una respuesta jurídica a las prestaciones alejadas de la lógica del mercado. El significado de esta cuestión es que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación del mismo. Por tanto, se trata de habilitar la existencia de un régimen no contractual para estas prestaciones y el diseño de un régimen especial de contratación, que incluye la reserva de contratos –disp. adic. 48.^a–, así como normas diferenciadas de contratación de los servicios sanitarios o sociales a las personas –disp. adic. 47.^a–, para incidir en aspectos técnicos y de calidad, por supuesto sin dejar de lado las peculiaridades de una prestación de indudable trascendencia social que conlleva una especial atención al desarrollo de la actividad³³. El acento se pone, pues, en la atención a criterios vinculados a la mejor calidad de la prestación desde la perspectiva del ciudadano, en la que el precio mismo tiene poca incidencia ante el reconocimiento de la actividad como de interés general, bajo los principios rectores de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.

Estos servicios, por tanto, pueden gozar de un régimen no contractual sino de acción concertada, que rija la prestación de los mismos –según lo dispuesto en la disp. adic. 49.^a–, aunque se precisa de una previsión legal expresa para determinar su alcance, la modalidad de servicios

³² PÉREZ DELGADO, M. y RODRÍGUEZ PÉREZ, R. P.: «Las 11 claves de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», *Diario La Ley*, núm. 9.079, Sección Actualidad Legislativa Comentada, Wolters Kluwer, 13 de noviembre de 2017.

³³ GIMENO FELIU, J. M.: «Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias», en <www.obcp.es> (Opinión, 9 de febrero de 2016).

y prestaciones y el sistema retributivo. En este sentido existen antecedentes recientes de normativas reguladoras de estas acciones concertadas en Aragón³⁴ y Valencia³⁵. Esto concuerda con la posibilidad establecida en la ley para que la legislación de las comunidades autónomas articule instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social.

En las condiciones de desempate previstas en el artículo 147, se da preferencia en los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial a aquellas proposiciones que hayan sido presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, inscritas en el correspondiente registro oficial, siempre respetando el principio de relación directa de su actividad con el objeto del contrato, estando esta incluida en sus respectivos estatutos o reglas fundacionales.

5.5. LA RESERVA DE CONTRATOS

La disposición adicional 4.^a de la ley se dedica al establecimiento de los contratos reservados, estableciendo la fijación de porcentaje mínimo de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes a CEE de iniciativa social y a empresas de inserción, reguladas en la [Ley 44/2007](#), que cumplan con los requisitos establecidos en sus propias normativas reguladoras. El establecimiento de los porcentajes de reserva de contratos será competencia del Consejo de Ministros, mediante acuerdo, o del órgano competente de las comunidades autónomas o entidades locales³⁶. Se podrá, igualmente, establecer un porcentaje mínimo de reserva en el marco de los programas de empleo protegido con la condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social sea el previsto en sus respectivas normativas de referencia, con el mínimo del 30%. Los órganos competentes serán los encargados de fijar las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido. La condición de contrato reservado ha de referenciarse en el anuncio de licitación.

Además, en las disposiciones adicionales 47.^a a 49.^a, como hemos comentado con anterioridad, se establece la posibilidad de reserva a favor de determinadas organizaciones, el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud, siempre que dichas organizaciones cumplan con una serie de condiciones y sin que la duración del contrato sea superior a 3 años.

³⁴ [Ley 11/2016, de 15 de diciembre](#), de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario.

³⁵ [Ley 7/2017, de 30 de marzo](#), sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario.

³⁶ CUBA VILA, B.: «Contratos reservados: Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal*, núm. 10, 2017, págs. 1.325-1.338.

El plazo que se fija en la ley para la adopción del Acuerdo de Consejo de Ministros para el establecimiento de los porcentajes de reserva de contratos será de 1 año como máximo, a contar desde la entrada en vigor de la ley. En caso de incumplimiento de este plazo, se prevé la aplicación a partir de ese momento de un porcentaje mínimo de reserva del 7 %, incrementándose hasta un 10 % transcurridos 4 años. Este porcentaje se aplicará sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios que se hayan celebrado en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva.

Además de las reservas explícitas a CEE y empresas de inserción, que tendrán garantizado al menos entre un 7 y un 10 % de los contratos de servicios, se reservarán contratos a organizaciones de carácter social que redistribuyan beneficios en su organización conforme a criterios de participación, a cooperativas de trabajadores y a entidades ejecutoras de programas de empleo protegido.

Otra de las novedades que se incluyen en este ámbito es la posibilidad de reservar, con carácter general por parte de todas las Administraciones públicas, contratos a empresas de economía social y del tercer sector, recogiendo así una larga reivindicación del tercer sector y del cooperativismo.

También supone una novedad, como hemos comentado, la introducción de las especialidades de contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas y su respuesta jurídica alejada de las lógicas mercantilistas, que suponen la habilitación de un régimen no contractual para la prestación de estos servicios, así como el diseño de un régimen singular de contratación. Con esto, se pueden reservar contratos –disp. adic. 48.^a– e incluso, como admite la disposición adicional 47.^a, es posible establecer unas normas «diferentes» de contratación pública en el ámbito de los contratos sanitarios o sociales a las personas que pongan el acento en aspectos técnicos y de calidad, siempre teniendo en cuenta que la opción que se adopte, en su diseño concreto, no puede desconocer las peculiaridades de una prestación de indudable trascendencia social, donde los propios matices de la prestación en los últimos años aconsejan una especial atención a cómo se viene desempeñando y cómo se debe desempeñar esta actividad. Se pone el acento en los criterios de calidad desde la perspectiva del ciudadano, de manera que el precio, *per se*, no tiene mucha incidencia. Y todo ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que ha de regirse por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.

Esto explica que pueda existir un régimen no contractual, sino de acción concertada, para la prestación de estos servicios tal y como se contempla de manera expresa en la disposición adicional 49.^a, no significando que se establezca la posibilidad de concierto como modalidad contractual, siendo por tanto una opción organizativa que exige la previsión legal expresa que determine el alcance y significado de esta acción concertada y las modalidades de servicios y prestaciones, además del sistema retributivo³⁷.

³⁷ Esta fue la opción adoptada por la [Ley 11/2016, de 15 de diciembre](#), de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, en la Comunidad Autónoma de Aragón, y por la [Ley 7/2017, de 30 de marzo](#), sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario en la Comunidad Valenciana.

5.6. ACUERDOS MARCO PARA LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS QUE FACILITEN LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

La disposición adicional 31.^a establece la posibilidad de concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones que habrán de cumplir los convenios que faciliten a los servicios públicos de empleo la intermediación laboral y que se pretendan adjudicar por un periodo determinado. La potestad de conclusión de estos acuerdos recae en la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal y los órganos de contratación competentes de las comunidades autónomas, además de los organismos dependientes de ellas e incluidos en el Sistema Nacional de Empleo. Previamente a la conclusión de los acuerdos, el Servicio Público de Empleo Estatal y las comunidades autónomas o las entidades y organismos dependientes de ellas e integrados en el Sistema Nacional de Empleo deberán adoptar el correspondiente convenio entre ellos.

El origen de esta cuestión³⁸ se sitúa en la [Ley 35/2010, de 17 de septiembre](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y en el [Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre](#), por el que se regulan las agencias de colocación, que introducen y autorizan la participación en los procesos de intermediación de actores privados con ánimo de lucro, que hasta el momento se excluían normativamente. Esto supone no solo la aparición de un nuevo actor en la intermediación laboral, sino también la apertura de un espacio indeterminado y por construir en los servicios públicos de intermediación. La reforma laboral de 2012 –[RDL 3/2012, de 10 de febrero](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral– continúa con el proceso de apertura de la intermediación hacia agentes privados, apertura que se concretó en el Plan Anual de Políticas Activas de 2013, con la elaboración de un acuerdo marco de colaboración para el desarrollo de los servicios de intermediación laboral al que se sumarán las comunidades autónomas, a excepción de Cataluña, País Vasco y Andalucía.

El objetivo del acuerdo marco era la selección de agencias de colocación como colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo³⁹. El [Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero](#), de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, añade la disposición adicional 32.^a en el [texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público](#), estableciendo la posibilidad de formalizar de manera conjunta «acuerdos marco para la contratación de servicios que faciliten la intermediación laboral».

³⁸ VALLECILLO GÁMEZ, M. R.: *Las empresas de intermediación en el mercado de empleo tras la reforma: un nuevo partenariado público-privado*, Laborum, 2012.

³⁹ GARCÍA SOLANA, M. J.: «Aproximación al proceso de gestión colaborativa en los servicios de intermediación laboral: cómo se articulan las relaciones entre el Estado, las Agencias de Colocación y los ciudadanos», en González García, E., García Muñiz, A., García Sansano, J. e Iglesias Villalobos, L. (coords.), *Mundos emergentes: cambios, conflictos y expectativas*, ACMS, 2015, págs. 862-874.

Se excluyen del objeto de estos contratos marco las actuaciones de intermediación laboral vinculadas a los procedimientos de selección de personal laboral temporal por parte de las Administraciones públicas, que deberán realizarse directamente por los servicios públicos de empleo.

Los acuerdos marco, según lo establecido en el artículo 219.2 de la **LCSP**, tendrán una duración máxima de 4 años, que ha de justificarse en el expediente, salvo casos excepcionales debidamente justificados⁴⁰. La adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco solo podrá realizarse mediante la vigencia de los mismos y las fechas para el cumplimiento de este requisito serán las del envío a los adjudicatarios de las invitaciones para participar en la licitación. En caso de que no se requiera licitación, la fecha relevante será la de la adjudicación del contrato.

La licitación de estos contratos es estatal y el acuerdo marco en vigor contaba con un presupuesto de 200.000.000 de euros a distribuir entre las comunidades autónomas, aunque los destinatarios finales sean agencias privadas. El proceso de contratación surgido del acuerdo marco durante los años 2014 y 2015 se establece en lotes a distribuir entre los territorios, con una duración de 1 año prorrogable por otro más y agrupados en función del perfil de los desempleados a insertar y clasificados en función del tiempo que llevan registrados como demandantes. Paralelamente, desde los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas se han puesto en marcha procesos de licitación con las agencias de colocación autorizadas por el acuerdo marco.

Sigue la ley, por tanto, la línea continuista de externalización del servicio público de intermediación hacia agencias privadas, aunque el procedimiento sitúe en el centro de la gestión a los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas. Lo que se obvia es la referencia al nacimiento de estos acuerdos como procesos de colaboración público-privada.

6. CONCLUSIONES

Las reflexiones expuestas, en tanto que estrategias de implementación de políticas públicas, conforman un nuevo escenario más alineado con la finalidad de la nueva gobernanza pública que pueda servir para establecer una nueva gestión basada en el principio general de eficiencia, así como de buena administración social. En definitiva, la nueva **Ley de Contratos del Sector Público** supone, incluso con todas sus debilidades, una ventana para reconstruir el Derecho administrativo como garante del interés general al servicio de los ciudadanos y de una necesaria implicación en política social para alcanzar la necesaria transformación social.

Probablemente ello requiera avanzar hacia una nueva concepción del principio de libre competencia que integre los elementos sociales como valores para lograr una competitividad sosten-

⁴⁰ ARAUJO BARCELÓ, A.: «La colaboración público-privada: entre indeterminación, flexibilidad e incertidumbre», *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 4, 2013, págs. 1-62.

nible y racional entre los operadores económicos que permita un crecimiento integrador. No se trata, por tanto, de optar por quien garantice el mejor servicio a cambio del mejor precio, sino por quien garantice el mejor servicio a cambio del mejor precio dejando la menor huella posible en coste social, esto es, garantizando unas condiciones de empleo dignas, integrando a personas en situación de difícil empleabilidad, insertando laboralmente a personas con discapacidad y reduciendo las desigualdades de género. La empresa más competitiva será aquella que más integre socialmente logrando el mejor saldo coste-beneficio.

Esto supone trabajar en la implementación de una adecuada estrategia de profesionalización y reconocimiento de excelencia en la contratación pública, con el impulso de la Unión Europea a través de la [Recomendación \(UE\) 2017/1805, de la Comisión, de 3 de octubre de 2017](#), sobre profesionalización de la contratación pública. Construir la arquitectura de la contratación pública, que recuerda a los Estados miembros la necesidad de elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública, ya sea de manera autónoma o como parte de políticas más amplias, con el objetivo de atraer y retener competencias, centrarse en el rendimiento y los resultados estratégicos y aprovechar al máximo las herramientas y técnicas disponibles, para lo que insta a los Estados a establecer políticas de formación.

La incorporación de los criterios sociales se ha realizado de manera transversal, con la ampliación de las cláusulas sociales y la regulación de criterios de adjudicación del contrato con la inclusión de aspectos como son la accesibilidad, el diseño universal o las características sociales, referidas al fomento de la integración social y a la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social, así como la reserva de contratos para personas con discapacidad en los CEE, que podrá alcanzar la cifra del 10% del total del volumen de la contratación.

Esta ley ha pretendido el diseño de un sistema de contratación pública que asegure la eficiencia y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos. Persigue la consecución de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las pymes y de defensa de la competencia.

Pero la mayor novedad, que mueve toda la ley, es la introducción de la prevalencia del criterio de la «mejor relación calidad-precio». Esta medida se incluye con la pretensión de evitar que sigan primando las ofertas con precio más bajo y que esto afecte a la calidad, de esta manera la ley quiere fomentar que la adjudicación de los contratos se realice utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación con base en la inclusión de criterios cualitativos de carácter social.

En los casos de subrogación, las incertidumbres que se introducen con la publicación de la norma quizá tengan una dimensión por encima de lo que sería deseable, sobre todo teniendo en cuenta que ha sido una ley muy discutida, con muchas aportaciones a través de enmiendas por

parte de los diferentes grupos políticos y con una tramitación bastante dilatada en el tiempo. No tenemos claro, por tanto, que los tribunales no tengan trabajo de interpretación de determinados preceptos de la misma, tal y como hemos ido evidenciando a lo largo de este comentario, con el consiguiente riesgo de modificaciones interpretativas a golpe de jurisprudencia social y contencioso-administrativa.

En definitiva, se pretende reorientar la actividad contractual del sector público, como una acción estratégica que forme parte de la definición de las políticas públicas, pasando de una visión puramente economicista para convertirla en una herramienta para alcanzar los objetivos de integración social y medioambiental. En la nueva contratación, el precio deja de ser la única variable a tomar en consideración. Variable que, por otra parte, no había ofrecido unos resultados demasiado buenos, el recurso frecuente a los modificados y liquidaciones extraordinarias así lo demuestran.

Citando la propia norma, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos. A estos objetivos responde la nueva [Ley de Contratos del Sector Público](#). El tiempo dirá si la nueva configuración es la adecuada.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0