

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA (COMISIÓN PERMANENTE)

INFORME 18/2014

Barcelona, 17 de diciembre de 2014

Asunto: Posibilidad de incluir medidas de promoción de la salud en los contratos del sector público.

ANTECEDENTES

I. La directora de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre "la utilización de la contratación pública para la promoción de la salud". Según indica en su escrito de petición de informe "se trata de analizar las cláusulas susceptibles de incorporación en la contratación pública –ya sea como condiciones de participación, como criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución– de aspectos como la prevención de riesgos laborales, el fomento de hábitos saludables o la promoción del desarrollo personal y organizacional por parte de las empresas licitadoras".

II. El artículo 4.1 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan, entre otros, los departamentos de la Generalitat, sus entidades autónomas y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la Administración de la Generalitat. Por otra parte, el artículo 11.3 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Los términos de la consulta planteada, que hace referencia a la promoción de la salud mediante la contratación pública a partir de la incorporación de aspectos como "la prevención de riesgos laborales, el fomento de hábitos saludables o la promoción del desarrollo personal y organizacional" a llevar a cabo "por parte de las empresas licitadoras", circunscriben el alcance de este informe a la promoción de la salud mediante la contratación pública en el ámbito laboral, es decir, de las personas trabajadoras de empresas que puedan ser o sean contratistas del sector público. Además, también hay que considerar, por ejemplo, la salud de las personas trabajadoras que participan en los procesos de producción de productos adquiridos mediante contratos públicos, ya que, si bien no aluden estrictamente a la promoción de la salud "por parte de las empresas licitadoras", sí que se pueden incluir en la cuestión más genérica de "utilización de la contratación pública para la promoción de la salud".

En todo caso, la cuestión sobre la que se solicita la emisión de informe se encuentra comprendida en la más amplia relativa a la inclusión de cláusulas contractuales de carácter social en la contratación pública –entendido el concepto de cláusula social en sentido amplio e incluida la responsabilidad social corporativa–, ya analizada en múltiples ocasiones por los diversos órganos consultivos específicos en materia de contratación pública.

Por este motivo, se considera conveniente iniciar el análisis de la consulta planteada efectuando un breve recordatorio de algunos de los pronunciamientos anteriores sobre esta cuestión. Así, de esta Junta Consultiva hay que hacer mención, entre otros, a las recomendaciones 1/2001, de 5 de abril, sobre las cláusulas sociales en la contratación administrativa, y 3/2005, de 7 de julio, sobre la inclusión de cláusulas para fomentar la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en los contratos de la Administración; y a los informes 2/2000, de 22 de febrero, sobre la consideración de las ofertas temerarias; 7/2000, de 7 de julio, sobre la posibilidad de considerar los costes salariales establecidos por convenio en la adjudicación de los contratos del servicios de vigilancia; 4/2001, de 23 de noviembre, sobre las cláusulas sociales en la contratación administrativa; 1/2005, de 7 de julio, sobre la propuesta de Acuerdo del Gobierno de la Generalitat por el cual se aprueban medidas para fomentar la ambientalización de la contratación pública; y 2/2006, de 9 de febrero, sobre la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares cláusulas relativas a responsabilidad social, como ahora, garantizar la aplicación de las condiciones laborales recogidas en los convenios colectivos y la eficacia en la gestión de la prevención de riesgos laborales.

En este último Informe se apuntaba que en las recomendaciones y en los informes anteriores se hacía una interpretación de la normativa reguladora de la contratación administrativa española a partir de las directivas comunitarias y según la jurisprudencia comunitaria y que se consideraban vigentes las conclusiones a las que se llegaba. Pues bien, en estas conclusiones, que se pueden considerar también vigentes en la actualidad, como se verá más adelante, se afirmaba, en resumidas cuentas, lo siguiente:

- La fase de definición técnica del objeto de los contratos es un lugar idóneo para considerar aspectos u objetivos sociales, definiéndolo de manera congruente con la consecución de aquellos objetivos.
- En la fase de selección de las empresas se tienen en consideración aspectos sociales por la vía de las prohibiciones de contratar¹, así como con la posibilidad de prever en los pliegos criterios de selección relacionados con estos aspectos –de entre los fijados con carácter tasado por la normativa de contratación pública–, siempre que sean demostrativos de la capacidad técnica de las empresas.
- Como criterios de adjudicación es posible incorporar aspectos sociales siempre que comporten para los poderes adjudicadores una ventaja económica ligada al objeto del contrato.
(Ciertamente, esta alusión a que la ventaja que comporten los criterios de adjudicación sea "económica" ha quedado matizada actualmente, tal como más adelante se verá).
- Como condiciones de ejecución se pueden incluir aspectos sociales, siempre que no tengan un efecto discriminatorio directo o indirecto respecto a las empresas licitadoras. Expresamente, se indicaba que "ésta ha sido y es, desde la perspectiva del derecho y de la jurisprudencia comunitaria, y siempre dentro de los requisitos que se le establecen, la parcela más idónea para el establecimiento de previsiones vinculadas a la responsabilidad social de las empresas".

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha analizado la cuestión de la inclusión de aspectos sociales en la contratación pública, entre otros, en el Informe 14/10, de 23 de julio, sobre la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la referencia a las obligaciones derivadas de las normas que regulan la prevención de riesgos laborales. En este Informe la Junta estatal afirma la inconveniencia de prever en los pliegos de cláusulas administrativas particulares como obligaciones contractuales, las impuestas directamente por las normas jurídicas, pero considera admisible establecer obligaciones accesorias con la finalidad de asegurar el cumplimiento de determinadas normas jurídicas, "aunque no tengan relación directa con la materia contractual", así como vincular a su incumplimiento consecuencias y efectos sobre la relación contractual, aunque sean diferentes de los previstos en aquellas normas, siempre que no contravengan la legislación sectorial ni la contractual.

Por lo tanto, en este Informe se concluye que en las licitaciones de contratos del sector público se podrían prever "obligaciones accesorias" para asegurar el cumplimiento de los deberes legales en materia de prevención de riesgos –por lo tanto, como condiciones de ejecución a las que se obligan los contratistas–, y "efectos" y "consecuencias" para los casos en que se incumplieran dichos deberes –por lo tanto, como penalidades o como causas de resolución de los contratos, si se le otorgan el carácter de obligación contractual esencial–, de manera que todas las posibilidades que plantea la Junta Consultiva del Estado hacen referencia a la fase de ejecución de los contratos públicos y no a la fase de licitación y determinación

de la oferta más ventajosa económicamente para su adjudicación. Sin embargo, ello es debido a los términos de la consulta que en este Informe se analiza y hay que entender que de acuerdo con el criterio de la Junta Consultiva del Estado también se podrían prever aquellas "obligaciones accesorias" como criterios de adjudicación, siempre que cumplieran los requisitos exigidos por la normativa en materia de contratación pública **(2)**, bien valorando su cumplimiento en el momento de presentación de las ofertas, o bien el compromiso de cumplimiento al ejecutar el contrato **(3)**.

Adicionalmente, dado que la consulta se refiere a cláusulas de promoción de la salud de las personas trabajadoras de las empresas licitadoras o contratistas, hay que recordar como criterio para la inclusión de cláusulas sociales tradicionalmente conocido y admitido que, en todo caso, cualesquiera previsiones que se incluyan en este sentido en los pliegos de cláusulas reguladores de las licitaciones de los contratos del sector público –tanto en la fase de selección de las empresas, como en la fase de valoración de las ofertas o referidas a la fase de ejecución del contrato–, deben estar referidas y circunscritas al personal de las empresas licitadoras o contratistas a los cuales se adscriba a la ejecución del contrato que se licita **(4)**.

II. Una vez sintetizados algunos de los pronunciamientos anteriores y, como se ha dicho, todavía vigentes, sobre el régimen jurídico aplicable a la inclusión en la contratación pública de cláusulas de carácter social, en general, y de la salud, en particular, hay que centrar el análisis de la cuestión objeto de este informe en las eventuales novedades o matizaciones sobre esta cuestión derivadas o contenidas, especialmente, en documentos de ámbito comunitario.

En primer término, se considera necesario tener presente el documento de la Comisión Europea *Adquisiciones sociales, una Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, de octubre de 2010, en la cual se indica que las entidades adjudicadoras cuentan con diferentes métodos para considerar los aspectos sociales en las contrataciones públicas, pero que "muchos aspectos sociales, en función de su naturaleza, sólo se pueden incluir en determinadas etapas del procedimiento de contratación" y se señala que "por ejemplo, en líneas generales, es más apropiado incluir los aspectos sociales relacionados con las condiciones laborales en las cláusulas de cumplimiento del contrato, ya que generalmente no reúnen los requisitos de especificaciones técnicas ni criterios de selección, dentro del alcance de las Directivas de contratación". Además, también se recuerda que las entidades adjudicadoras deben decidir en cada caso qué aspectos sociales son relevantes para la contratación, en función del objeto del contrato y de sus objetivos.

Asimismo, en esta guía se ofrece una "lista no exhaustiva de ejemplos de aspectos sociales potencialmente importantes para las contrataciones públicas, sujetas al cumplimiento de las directivas de contratación y de los principios fundamentales del TUE" y se mencionan, entre otros, la promoción de trabajos dignos, para los cuales la guía destaca como cuestiones que pueden ejercer un papel importante, en el contexto de las compras públicas socialmente responsables, la salud y la seguridad laboral; y la promoción del cumplimiento de los derechos sociales y laborales, tales como, entre otros, el cumplimiento de leyes nacionales y convenios colectivos que cumplan con la legislación de la UE y de las leyes de salud y seguridad laboral.

De entre las afirmaciones que esta Guía de la Comisión Europea **(5)** contiene conviene señalar, vistas las cláusulas sociales cuya inclusión se plantea en la petición que motiva este Informe, las siguientes:

– No pueden formar parte del objeto del contrato las condiciones laborales de las personas trabajadoras adscritas a la ejecución de una obra o un servicio o de las que participan en el proceso de producción de los bienes a adquirir –ya que no están vinculadas al objeto, sino sólo a la forma en que se llevará a cabo el contrato público–, ni se pueden considerar en las especificaciones técnica.
(En cambio, hay que entender que sí que pueden formar parte determinadas políticas públicas que se quieran vincular a la prestación de un contrato.)

– Pueden incluirse requisitos relacionados con las condiciones laborales en las cláusulas de cumplimiento de un contrato, bajo determinadas circunstancias –estar vinculadas a la ejecución del contrato y publicadas en el anuncio de licitación.

– Las especificaciones técnicas deben estar vinculadas al objeto del contrato, de manera que requisitos que no guardan relación con el producto o el servicio en sí mismo, como un requisito relacionado con la forma en la que se administra una empresa o una etiqueta relacionada con la "capacidad social" de una empresa, no

constituyen especificaciones técnicas en el sentido de las directivas de contratación. Así, por ejemplo, está permitido exigir como especificación técnica en un contrato de obras, medidas para evitar accidentes laborales y condiciones específicas para el almacenaje de productos peligrosos, con el objeto de proteger la salud y la seguridad de los trabajadores.

(Sin embargo, en relación con la mención a una etiqueta relacionada con la capacidad social de una empresa, hay que tener en cuenta la regulación que en materia de etiquetas contiene la nueva Directiva sobre contratación pública, a la que acto seguido se aludirá).

– Los aspectos sociales se pueden incluir en los criterios de selección técnicos sólo si el cumplimiento del contrato exige conocimientos específicos en el ámbito social, de manera que sólo si el contrato exige capacidad social –por ejemplo, habilidades concretas, formación o equipos adecuados para abordar los aspectos sociales del contrato– se pueden incluir criterios sociales para demostrar la capacidad técnica para ejecutar el contrato.

– Pueden incluirse criterios de adjudicación relativos a los niveles de accesibilidad del objeto del contrato o al hecho de que su diseño asegure la igualdad de oportunidades de las personas.

En segundo término, hay también que analizar el contenido de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE, teniendo en cuenta que, si bien no ha finalizado todavía su plazo de transposición **(6)**, muchas de las previsiones que contiene en materia de cláusulas sociales en general, y de la salud laboral en particular, a las cuales se hará referencia acto seguido, son aclaraciones y concreciones del régimen vigente, además de constituir la hoja de ruta a seguir en este ámbito.

En relación con esta nueva Directiva conviene tener presente que, si bien hace referencia, ya en su considerando 2, al papel clave que desarrolla la contratación pública en la Estrategia Europa 2020 y a la necesidad de revisar y modernizar las normas sobre contratación pública vigentes hasta entonces con la finalidad, entre otros, de "permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes", en los considerandos de su versión definitiva no se contienen muchas de las previsiones que respecto de esta cuestión incluían los de la Propuesta de Directiva inicial **(7)**.

Sin embargo, hay que constatar también que no se ha suprimido de la redacción final del articulado de la Directiva –específicamente, de los preceptos reguladores de los criterios de adjudicación y de las condiciones de ejecución– las referencias relativas a los aspectos sociales, de manera que no se puede considerar que la supresión de aquellas previsiones de los considerandos de la Propuesta sean consecuencia de una merma de las posibilidades de incluirlos.

Así, por ejemplo, se ha suprimido la referencia que se contenía, "con la finalidad de integrar mejor las consideraciones sociales en la contratación pública", a la posibilidad de incluir como criterio de adjudicación "las características relacionadas con las condiciones de trabajo de las personas que participen directamente en el proceso de producción o la prestación de que se trate", las cuales "sólo podrán tener como objetivo proteger la salud del personal participante en el proceso de producción o favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato, incluida la accesibilidad de las personas con discapacidad"; añadiendo que "en cualquier caso, todo criterio de adjudicación que incluya estas características debe quedar limitado a las que tengan repercusiones inmediatas para el personal en su entorno de trabajo" (considerando 41 de la Propuesta de la Comisión).

Asimismo, también se ha suprimido la referencia que contenía la Propuesta de directiva a la posibilidad de que las condiciones de ejecución de un contrato "tengan por objeto favorecer la formación profesional en el puesto de trabajo, la ocupación de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el desempleo o proteger el medio ambiente o el bienestar animal "y que entre éstas "como ejemplo se pueden citar las obligaciones, aplicables durante la ejecución del contrato, de contratar a parados de larga duración o de organizar acciones de formación para los parados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), incluso cuando no se hayan aplicado en el Derecho nacional, y de contratar a un número de personas discapacitadas superior a lo que exige la legislación nacional" (considerando 43 de la Propuesta de la Comisión).

En todo caso, se podría considerar que estas previsiones de la Propuesta de la Comisión constituyen elementos o reflexiones conformes con la normativa comunitaria de contratación pública y, por lo tanto, a tener en cuenta, ya que, cómo se ha indicado, su supresión no ha ido acompañada de una reducción de las posibilidades de inclusión de aspectos sociales en el articulado de la Directiva –al contrario, cómo más adelante se verá, mientras que la redacción final del precepto relativo a las condiciones de ejecución ha mantenido la previsión sobre los aspectos sociales que contenía la Propuesta, la del artículo relativo a los criterios de adjudicación incluye una mención expresa a los aspectos sociales que no se contenía en dicha Propuesta, como tampoco en la Directiva 2004/18/CE anterior.

Con respecto a las previsiones que efectivamente ha acabado conteniendo la nueva Directiva 2014/24/UE, ésta hace referencia a la importancia especial de velar por el cumplimiento por parte de los poderes adjudicadores de las obligaciones en los ámbitos del derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar de ejecución de los contratos, derivadas tanto de normas como de convenios colectivos "con el objeto de una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública" (considerando 37) **(8)**, así como de garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones por parte de los subcontratistas (considerando 105).

Además, la Directiva alude a la posibilidad de incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos en los contratos públicos; a considerar el incumplimiento de las respectivas obligaciones como una falta grave del operador económico que pueda comportar su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público (considerando 39); y al hecho de que el control del cumplimiento de las disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral se debe realizar en las respectivas fases del procedimiento de licitación, ello es, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas (considerando 40). También prevé que en los procedimientos de licitación con negociación las negociaciones se puedan referir al conjunto de las características de las obras, suministros y servicios adquiridos, con inclusión, por ejemplo y entre otros, de los aspectos sociales, medioambientales e innovadores, en la medida que no constituyan requisitos mínimos (considerando 45).

En la Directiva también se hace referencia al hecho de que los poderes adjudicadores que deseen adquirir obras, suministros o servicios con determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo deben poder remitirse a etiquetas concretas (considerando 75) y, en este sentido, el artículo 43 dispone expresamente que en estos casos las podrán exigir "en las especificaciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato (...) como medio de prueba de que las obras, servicios o suministros corresponden a las características exigidas", siempre que se cumplan todas las condiciones que el mismo precepto prevé.

Por otra parte, la Directiva 2014/24/UE alude al hecho de que los poderes adjudicadores deben determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán para evaluar la mejor relación calidad-precio, en cuyo contexto contiene una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación en el cual se incluyen los aspectos sociales y medioambientales (considerando 92); así como la posibilidad de evaluar la rentabilidad de los productos o servicios basándose, entre otros factores, en aspectos sociales o medioambientales **(9)** (considerando 93).

Asimismo, la Directiva destaca que es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que se tengan que facilitar de acuerdo con el contrato que se trate **(10)**; que se deben aplicar de manera que no discriminen, directamente o indirectamente, a los operadores económicos de otros estados miembros o de terceros países que sean parte en el Acuerdo sobre contratación pública o en los acuerdos de libre comercio en los cuales la Unión sea parte; y que las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten diversos aspectos sociales, entre los cuales se mencionan la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o animal, el respeto de lo que es sustancial de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo y el hecho de contratar a un número de personas discapacitadas superior a lo que exige la legislación nacional (considerando 98).

Además, contiene una referencia específica a medidas destinadas a la protección de la salud, las cuales establece que podrán estar también sujetas a criterios de adjudicación o a condiciones de adjudicación de un

contrato siempre que se refieran a las obras, a suministros o a servicios que se deban facilitar con el contrato en cuestión (considerando 99).

Esta mención general al ya conocido requisito de vinculación de los criterios de adjudicación al objeto de los contratos se concreta en el artículo 67 de la Directiva. Este precepto, después de disponer que en la determinación de la oferta más ventajosa económicamente la mejor relación calidad precio se puede evaluar "en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y o sociales vinculados al objeto del contrato de que se trate" (11), establece que se considera que se produce esta vinculación cuando los criterios de adjudicación se refieren a las obras, suministros o servicios que se deban facilitar en virtud del contrato, "en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuándo los factores mencionados no formen parte de su sustancia material".

También recuerda la Directiva 2014/24/UE que el propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con la ejecución, de manera que, a diferencia de lo que sucede con los criterios de adjudicación de los contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas; que las condiciones de ejecución deben ser compatibles con la Directiva siempre que no sean directamente o indirectamente discriminatorias; y que deben estar vinculadas al objeto del contrato, el cual "comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización", lo cual "incluye las condiciones relativas al proceso de ejecución del contrato, pero excluye los requisitos relativos a la política general de la empresa" (considerando 104).

La posibilidad de que las condiciones de ejecución del contrato puedan incluir, entre otros, consideraciones de tipo social o relativas a la ocupación se prevé expresamente en el artículo 70 de la Directiva, el cual también establece la necesidad de que dichas condiciones estén vinculadas al objeto del contrato y remite al artículo 67.3, relativo a los criterios de adjudicación de los contratos y ya mencionado, para la determinación de cuándo considerar que concurre esta vinculación.

En definitiva, tanto la *Guía de la Comisión Europea para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, como la nueva Directiva 2014/24/UE apuntan la posibilidad –y incluso la conveniencia– de introducir cláusulas sociales, incluidas las relativas a la promoción de la salud, en las diversas fases de los procedimientos de compra pública, en unos términos similares a los ya analizados por ésta y otras Juntas Consultivas respecto de la Jurisprudencia del TJUE, de la Directiva y de los documentos comunitarios anteriores, si bien, cómo se ha visto, haciendo referencia expresamente e introduciendo algunos elementos nuevos y otros de precisión, matiz o concreción. En todo caso, se considera conveniente señalar en relación con las novedades sobre esta cuestión incluidas en la Directiva 2014/24/UE que, además de las referencias expresas al cumplimiento de la normativa en materia medioambiental, social y laboral y a la previsión expresa de la posibilidad de que los criterios de adjudicación hagan referencia a aspectos sociales, de entre los "nuevos" elementos que se deben tener en cuenta para la inclusión de aspectos sociales en las contrataciones públicas destaca la definición del concepto de vinculación con el objeto del contrato contenida en el artículo 67.3 de la Directiva 2014/24/UE, la cual, sin embargo, requerirá ver cómo se interpreta por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

III. Llegados a este punto, de acuerdo con lo que se ha expuesto en las consideraciones jurídicas anteriores, puede resultar de utilidad mencionar, a modo de resumen y sin ánimo de exhaustividad, ejemplos de posibles previsiones que se deben incluir en las diferentes fases de los procedimientos de contratación pública, para la promoción de la salud mediante aspectos como "la prevención de riesgos laborales, el fomento de hábitos saludables o la promoción del desarrollo personal y organizacional" por parte de las empresas licitadoras. En todo caso, hay que tener en cuenta que, si bien la Directiva 2014/24/UE recoge en gran medida previsiones relativas a la consideración de aspectos sociales en la contratación pública, sobre cuya viabilidad jurídica ya se ha pronunciado la jurisprudencia comunitaria –y que, por lo tanto, tal como se ha indicado, constituyen aclaraciones y concreciones del régimen ya vigente–, con respecto a los aspectos más nuevos que prevé al respecto, las reflexiones de este Informe, así como alguno de los ejemplos que acto seguido se mencionarán, quedan supeditadas, cómo no puede ser de otra manera, a los términos en que aquellas previsiones queden recogidas finalmente en las normas de transposición.

Así, se pueden mencionar como posibles previsiones, las siguientes:

– En la fase de definición del objeto de los contratos que tengan por objeto servicios en los cuales la mano de obra de la empresa contratista se configure como uno de los aspectos primordiales de las ofertas, se puede prever que el objeto del contrato incluya el fomento de hábitos saludables de las personas trabajadoras adscritas a la ejecución del contrato, durante dicha ejecución, o bien que el propio objeto del contrato tenga determinadas características de fomento o promoción de hábitos saludables.

Ciertamente, en el momento de definición del objeto de los contratos se puede incluir la medida de promoción de la salud que se considere conveniente, la cual determinará las características de la obra, el servicio o el suministro que el ente, organismo o entidad del sector público pretenda adquirir y facilitará el establecimiento de criterios de adjudicación y de condiciones de ejecución sobre la medida de salud que el contrato persiga promocionar.

Además, por descontado, la promoción de la salud mediante la contratación pública también incluye la licitación de contratos que tengan por objeto exclusivamente aquella promoción, sin vincularla a la realización de ningún otro objeto contractual.

Estas opciones son aplicables en la actualidad, de acuerdo con el marco jurídico vigente –en los términos en los que también se recogen en la Guía para la inclusión de cláusulas contractuales de carácter social aprobada por el Pleno de esta Junta Consultiva y ya mencionada.

– En el establecimiento de las prescripciones técnicas de determinados contratos se pueden establecer, de acuerdo con el régimen jurídico ya vigente, como requisitos de cumplimiento mínimo medidas específicas de protección de la salud, adicionales a las previstas con carácter obligatorio en la normativa respectiva, de las personas trabajadoras adscritas a la ejecución del contrato. En cambio, no puede constituir una prescripción técnica mínima, por ejemplo, el plan de seguridad y salud laboral que tengan aprobado y apliquen las empresas, dado que hace referencia a la empresa en general –no vinculada al objeto del contrato–, además de poder constituir una exigencia legal.

– Como requisito de solvencia técnica mínima, y de acuerdo también con el régimen jurídico ya vigente, se puede requerir a las empresas licitadoras, en un contrato que incluya en su objeto –de manera exclusiva o vinculada a otra prestación– una determinada política de promoción de la salud o de hábitos saludables, que acrediten tener un número de personas trabajadoras calificadas en las cuestiones de la política de promoción de la salud que conformen el objeto.

– Como criterio de adjudicación de los contratos se puede establecer la valoración de las características de las ofertas relacionadas con las condiciones de salud en el trabajo de las personas adscritas a la ejecución del contrato y/o que participan en el proceso de producción de los productos o servicios. En relación con esta previsión hay que tener en cuenta que, si bien la posibilidad de valorar las características de las ofertas relacionadas con las condiciones de salud en el trabajo de las personas adscritas a la ejecución del contrato hay que entenderla vigente y, por lo tanto, aplicable de acuerdo con el régimen jurídico actual –así ya se recoge en diversas guías y documentos relativos a la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública–, la aplicación de los criterios de adjudicación hay que efectuarla siempre cumpliendo los requisitos que este régimen jurídico establece, especialmente el de la necesaria vinculación con el objeto del contrato, el cual tiene una regulación expresa en la Directiva 2014/24/UE, cuya transposición podría afectar a la aplicación futura de esta posibilidad. Con respecto a la posibilidad de valoración de las características de las ofertas relacionadas con las condiciones de salud de las personas que participan en el proceso de producción de los productos o servicios objeto del contrato, también su aplicabilidad viene condicionada por la transposición mencionada.

Asimismo, como es sabido, la necesaria vinculación con el objeto del contrato excluye la posibilidad de valorar, por ejemplo, en un contrato de servicios, aspectos de las condiciones de salud en el trabajo de, en general, todas las personas trabajadoras de una empresa o la realización, también en general, de actividades de fomento de hábitos saludables o de promoción del desarrollo personal por parte de las empresas licitadoras al margen del servicio que conforme el objeto.

– Como criterio de adjudicación adicional se puede establecer, de acuerdo con el régimen jurídico ya vigente, la preferencia en la adjudicación de los contratos a las proposiciones presentadas por empresas que establezcan a favor de sus trabajadores medidas de prevención de riesgos laborales adicionales o

superiores a las obligaciones establecidos legalmente, o medidas de fomento de hábitos saludables o de promoción del desarrollo personal y organizacional, siempre que las proposiciones mencionadas iguallen en sus términos a la más ventajosa desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación, de conformidad con la normativa vigente.

En este sentido hay que señalar que, si bien la posibilidad de inclusión de aspectos sociales en las contrataciones públicas mediante los criterios de adjudicación adicionales no plantea actualmente dudas con respecto a su admisibilidad, es uno de los mecanismos con menos virtualidad o trascendencia –aunque, como ya se indicó en el Informe 7/2014, de 11 de abril, de esta Junta Consultiva, sobre la resolución de empates en las puntuaciones obtenidas por las ofertas de las empresas licitadoras, el aumento en la objetivación de la valoración de las ofertas ha comportado un aumento de los supuestos de igualdad de puntuación.

– Como condición de ejecución se puede prever, de acuerdo con el régimen jurídico ya vigente, la obligación de las empresas contratistas de llevar a término las actividades o actuaciones que se consideren adecuadas con la finalidad de favorecer el fomento o la protección de la salud de las personas adscritas a la ejecución del contrato y/o que participan en el proceso de producción de los productos o servicios que conforman el objeto. Sin embargo, esta posibilidad también podrá verse afectada por la transposición que se haga de la Directiva 2014/24/UE, especialmente del requisito de la necesaria vinculación con el objeto del contrato, así como de la posibilidad de que estas condiciones se refieran a personas participantes en el proceso de producción de los productos o servicios que conforman el objeto.

Asimismo, como ya se ha indicado también en relación con los criterios de adjudicación, la necesaria vinculación con el objeto del contrato excluye la posibilidad de prever como condición de ejecución, por ejemplo, en un contrato de obras, el hecho de que la empresa contratista tenga que llevar a cabo actividades de fomento de hábitos saludables dirigidas a la población.

– Adicionalmente, se puede considerar como medida de promoción de la salud a través de la contratación pública, si bien con efecto indirecto, el hecho de hacer efectivas las prohibiciones de contratar, así como las cláusulas de control del cumplimiento de la normativa de Derecho social y laboral, en la línea de lo que se ha indicado que prevé la nueva Directiva 2014/24/UE. En este sentido, hay que recordar también que la falta de seguimiento del cumplimiento de las cláusulas sociales – como, de hecho, todo el resto que se incluyan en los pliegos– puede provocar su pérdida de virtualidad.

En todo caso, como ya se ha indicado, todas las medidas que se mencionan deben cumplir, lógicamente, los requisitos establecidos por la normativa de contratación pública aplicables a cada fase del procedimiento –es decir, los requisitos de las prescripciones técnicas, de los criterios de adjudicación, de las condiciones de ejecución, etc. Además, hay que tener en cuenta que estos ejemplos se mencionan sin ánimo de exhaustividad y al margen de los recogidos en la *Guía para la inclusión de cláusulas contractuales de carácter social* informada favorablemente por el Pleno de esta Junta, ya mencionada, en cuyas cláusulas ejemplificativas se pueden sustituir, teniendo en cuenta lo que se ha señalado en este Informe, los aspectos sociales a los que se refieren por otros relacionados con la promoción de la salud.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

CONCLUSIONES

1. De acuerdo con el régimen jurídico vigente, es posible incluir cláusulas contractuales de carácter social en la contratación pública, según lo que se ha indicado en las consideraciones jurídicas I y II de este Informe.

2. Son posibles previsiones para incluir en las diferentes fases de los procedimientos de contratación pública, para la promoción de la salud mediante aspectos como "la prevención de riesgos laborales, el fomento de hábitos saludables o la promoción del desarrollo personal y organizacional" por parte de las empresas licitadoras, por ejemplo y entre otros, las mencionadas en la consideración jurídica III de este Informe, con las condiciones y en los términos que se indican.

(1) Actualmente, de acuerdo con el artículo 60.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (de ahora adelante, TRLCSP), no pueden contratar con el sector público, entre otros, las empresas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o 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, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo que dispone el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, así como por la infracción grave que prevé el artículo 22.2 del mismo texto, o por infracción muy grave en materia medioambiental, de acuerdo con la normativa de evaluación de impacto ambiental de proyectos, de costas, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, de envases y residuos de envases, de residuos, de aguas, y de prevención y control integrados de la contaminación (letra c); y las empresas que no estén al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que se determinen reglamentariamente (letra d).

(2) En el Informe 6/2011, de 5 de julio, esta Junta Consultiva, recogiendo tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como los pronunciamientos de otras Juntas consultivas, recordó que los criterios de adjudicación necesariamente deben ser objetivos, estar referidos o directamente relacionados con la prestación objeto del contrato, permitir determinar cuál de las ofertas o proposiciones presentadas es la más ventajosa económicamente –sin conferir una libertad de elección ilimitada a la entidad adjudicadora–, no hacer referencia a las características de las empresas y respetar, en todo caso, los principios fundamentales del derecho comunitario.

(3) En este sentido, por ejemplo, la [Guía para la inclusión de cláusulas contractuales de carácter social](#) informada favorablemente por el Pleno de esta Junta Consultiva en la sesión de 3 de octubre de 2014 prevé como posible cláusula a incluir como criterio de adjudicación –siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la normativa de contratación pública y, específicamente, el de vinculación con el objeto del contrato– la valoración de "medidas complementarias con respecto a los mínimos establecidos con respecto a las condiciones de seguridad y salud laboral establecidos en la normativa vigente y las certificaciones relativas a controles de calidad en la realización de los servicios".

(4) Esta precisión, derivada del deber de vinculación con el objeto del contrato, se contiene también en diversas de las cláusulas previstas en la Guía para la inclusión de cláusulas contractuales de carácter social informada favorablemente por el Pleno de esta Junta Consultiva, ya mencionada.

(5) Esta guía también menciona como ejemplo la *Instrucción para la incorporación de criterios sociales, medioambientales y de otras políticas públicas en la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma y de las entidades que integran su sector público* del País Vasco, en la cual se contienen algunas previsiones específicas en relación con el ámbito de la salud.

Así, con respecto a la definición del objeto del contrato respetuoso con la seguridad y salud social y laboral, se prevé que cuando el objeto contractual lo permita, se incluyan especificaciones técnicas medioambientales y/o de seguridad y salud social y laboral vinculadas con la fabricación del producto suministrado o utilizado en la prestación de los servicios u obra contratada, o que se tenga que incluir en el diseño proyectado, siempre que dichas especificaciones contribuyan a las características técnicas del producto aunque no sean visibles; con respecto a la solvencia técnica o profesional, concretamente a la adscripción de medios personales y materiales de ejecución, se prevé exigir en los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios cuya ejecución pueda generar especial riesgo para la seguridad y salud laboral, el compromiso de adscribir a su ejecución a una persona con formación en prevención de riesgos laborales para ejecutar el Plan de prevención aplicado a la ejecución del contrato durante el tiempo que dure; y con respecto a las condiciones especiales de ejecución se prevé la exigencia de que los contratos incluyan cláusulas de cumplimiento especiales medioambientales, sociales y relacionadas con otras políticas públicas, con el objetivo, entre otros, de proteger la salud y la seguridad, por ejemplo, en el cumplimiento de contratos de obras y de servicios de construcción.

Además, el Acuerdo del Gobierno Vasco de 29 de abril de 2008 (BOPV nº. 116, de 19 de junio de 2008) que aprueba esta Instrucción establece que "la incorporación de criterios sociales, medioambientales o relativos a otras políticas públicas no puede suponer en ningún caso la atribución a los órganos de contratación de una libertad incondicionada para la selección de la oferta ni la infracción de los principios generales aplicables a la actividad contractual de la Administración, en especial los de concurrencia, igualdad y no discriminación y las libertades de prestación de servicios y circulación de bienes"; y que los órganos de contratación deben introducir los criterios mencionados "preferentemente en la definición y descripción técnica del objeto contractual contenida en los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación".

(6) El plazo de transposición para los estados miembros de la Directiva 2014/24/UE, que entró en vigor el 17 de abril de 2014, finaliza el día 18 de abril de 2016, fecha en la que dejará de ser vigente la Directiva 2004/18/CE.

(7) La Propuesta de la Comisión de 20 de diciembre de 2011, COM (2011) 896 final, señalaba, en el "contexto de la Propuesta" que figuraba en su exposición de motivos, que durante la consulta pública sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE "en cuanto al uso estratégico de la contratación pública para conseguir los objetivos sociales de la Estrategia Europa 2020, hubo diversidad de opiniones entre las partes interesadas. Muchas de ellas, en especial las empresas, manifestaron una reticencia general ante la idea de utilizar la contratación pública en apoyo de otros objetivos políticos. Otros, en concreto las organizaciones de la sociedad civil, se pronunciaron a favor de este uso estratégico y defendieron cambios de gran calado de los principios mismos de la política de contratación pública de la Unión Europea"

(8) La obligación de los estados miembros de tomar las medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento de estas obligaciones en la ejecución de los contratos se encuentra recogida en el artículo 18 de la Directiva, relativo a los principios de la contratación. Además, el artículo 69 establece, tanto que las explicaciones sobre el precio o los costes de las ofertas cuando éstas parezcan anormalmente bajas se puedan referir, en particular, al cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral; como el rechazo de las ofertas si los poderes adjudicadores comprueban que son anormalmente bajas para no cumplir estas obligaciones.

(9) En este sentido, se cita como ejemplo "si los libros se imprimen en papel reciclado o papel de la actividad maderera sostenible, el coste se imputa a externalidades medioambientales o si se fomenta la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato".

(10) En relación con los aspectos sociales del proceso de producción también la Propuesta de directiva ya mencionada, en el apartado de Información adicional que contenía su exposición de motivos, se indicaba la posibilidad de que los poderes adjudicadores hicieran referencia a todos los factores directamente vinculados al proceso de producción en las especificaciones técnicas y en los criterios de adjudicación, siempre que se refirieran a aspectos del proceso de producción que estén estrechamente relacionados con la producción de bienes o la prestación de servicios en cuestión y señalaba específicamente que "eso excluye los requisitos no relacionados con el proceso de producción de los productos, las obras o los servicios a los que se refiera la contratación, como los requisitos generales de responsabilidad social corporativa que afectan a toda la actividad del contratista".

(11) Hay que recordar que el artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE relativo a los criterios de adjudicación no contiene una referencia expresa a los aspectos sociales –sí a las características medioambientales–, si bien bajo su vigencia ha estado unánimemente aceptada la posibilidad de incluirlos –siempre que, lógicamente, cumplieran los requisitos exigidos con carácter general para los criterios de adjudicación, tal como ya se ha indicado.