

Cláusulas sociales en la contratación pública a partir de su evolución en la Unión Europea¹

Juan José Fernández Domínguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valladolid
jjferdom@uva.es

Resumen: Las decisiones adoptadas en la Unión Europea signan de manera indeleble la evolución de la condicionalidad social en los sistemas de contratación de los estados miembros. Conocer su pasado proporciona el contexto jurisprudencial y normativo capaz de justificar la mayor parte de los cambios acaecidos en el ordenamiento español; analizar su presente podrá servir para corregir con tiento desajustes o inercias que se resisten a desaparecer; contrastar sus proyectos de futuro abre nuevas perspectivas para las que el jurista debe estar preparado.

Palabras clave: contratación pública, cláusulas sociales, Unión Europea, *dumping* social, diligencia debida.

Abstract: *The decisions adopted in the European Union indelibly mark the evolution of social conditionality in the contracting systems of the member states. Knowledge of their past provides the jurisprudential and regulatory context capable of justifying most of the changes that have taken place in the Spanish legal system; analysing their present can serve to carefully correct imbalances or inertia that refuse to disappear; comparing their future projects opens up new perspectives for which the jurist must be prepared.*

Keywords: *public procurement, social clauses, European Union, social dumping, due diligence.*

¹ El estudio se realiza en el seno del Proyecto de investigación titulado «Hacia una transición ecológica justa: los empleos verdes como estrategia frente a la despoblación» (TED 2021-129526B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. N.º Proyecto: UXXI2022/00217

I. Introducción

El volumen económico de los contratos públicos en el mercado interior de Europa es tan importante (superior al 15 % como constante histórica) que desde muy temprano, allá por 1971 (Directivas 71/304/CEE y 71/305/CEE, así como Decisión del Consejo de 26 de julio de 1971, por la que se crea el comité consultivo para los contratos públicos de obras), existe un gran interés en asegurar que las administraciones nacionales no distorsionen la competencia entre operadores cuando seleccionan la mejor oferta disponible en el mercado.

Europeización intensa como solución a la tensión de fondo que obra entre la garantía de un buen funcionamiento del mercado continental (defendida a nivel supranacional) y el aseguramiento del interés general y de la realización de políticas públicas (propio de los estados)², que durante todo el siglo pasado no conoció pauta normativa de orden, y tan solo permite reseñar algunos primeros documentos preparatorios o de planificación con un cierto interés que versan sobre la orientación funcional de carácter social o medioambiental en la licitación pública. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en distintas ocasiones (y no sin vacilaciones³), fue —y en gran medida ha seguido siendo— el encargado de afrontar y trazar líneas maestras, muchas veces positivizadas *a posteriori* en directivas, respecto a la posible inclusión de cláusulas sociales o ecológicas en la contratación pública, es decir, sobre la capacidad para introducir criterios no económicos cuando quien contrataba era una administración⁴.

Sistematizar una evolución muy trabajada requiere discernir distintas fases que en visión sintética, pueden ser reconducidas a las siguientes:

- 2 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhart, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003, págs. 11 y ss. Sobre la tensión entre la protección de los trabajadores en la ejecución de un contrato público y la adopción de medidas restrictivas en función del interés general, MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás, «Las cláusulas sociales de los contratos públicos: ¿con contrarias al Derecho Comunitario?», en *Bitácora Millennium Derecho Internacional Privado*, núm. 3, 2016, pág. 13; también ORTIZ VIDAL, María Dolores, «Las cláusulas sociales en el Derecho de la unión Europea en materia de contratación pública», en *Invocación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, obra colectiva, directores Belén García Romero y María Magnolia Pardo López, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2017, págs. 43-5.
- 3 El análisis, sobre la clave de su «doctrina vacilante», en GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «Cláusulas sociales y contratación pública: la experiencia de la Unión Europea», en *Ius et Veritas*, núm. 62, 2021, en particular págs. 85-90.
- 4 Una perspectiva acabada en MIRANDA BOTO, José María, «Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea», en *Lex Social*, núm. 2, 2016, págs. 69-91; NÚÑEZ MÉNDEZ, María Isabel, «La contratación pública: evolución europea de una estrategia», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 128, 2024, págs. 243-273 o MORENO MOLINA, José Antonio, «El Derecho Europeo de los contratos públicos como marco de referencia de la legislación europea» y BERBEROFF AYUDA, Dmitry, «La doctrina del Tribunal de Justicia en la contratación europea como condicionante interpretativo», ambos en *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, obra colectiva, director José María Gimeno Feliú, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2018, págs. 133-161 y 163-202, respectivamente.

II. Los cimientos al margen de la norma

El itinerario bien podía partir del pronunciamiento destinado a resolver una cuestión prejudicial relativa a si la normativa europea entonces en vigor (las mencionadas directivas de 1971) podía llevar a excluir del concurso a una empresa licitadora por no emplear a personas trabajadoras en situación de desempleo prolongado. Más allá de la solución al caso concreto, cuanto importa en la sentencia es el corpus doctrinal que comienza a pergeñar⁵: en el primero de los sentidos —y como era de esperar—, sienta que el requisito no puede ser acogido como factor para valorar a la operadora económica ni como criterio de adjudicación, pues «no guarda relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los requisitos de adjudicación del contrato (...), pudiendo infringir el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad entre los oferentes, pues el cumplimiento de esta condición puede resultar mucho más difícil para los licitadores de algunos estados miembros»; desde el segundo, empero, advierte sobre cómo «la condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la Directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados Miembros de la Comunidad. Esta condición específica adicional debe obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato»⁶.

Adecuada publicidad y transparencia, así como proscripción de cualquier discriminación directa o indirecta en tanto condicionantes de cuanto específicamente se valora como condición de ejecución, que no de adjudicación (permitiendo contraponer, también en este punto, la perspectiva adoptada a nivel europeo y a nivel nacional⁷). Reivindicación de la igualdad, para evitar la distorsión en el funcionamiento del mercado, afirmada como premisa indeclinable en los dos pronunciamientos que continúan la serie, destinados a conocer sobre sendas cuestiones prejudiciales suscitadas por una disposición italiana que trataba de promover el desarrollo económico de una determinada región estableciendo una cuota, o fijando una preferencia, de compra en favor de los productos transformados por empresas de esa zona⁸. En ambas ocasiones, cuanto se niega como posibilidad en el caso concreto sirve al propósito de ahondar en una vía con amplias perspectivas de progreso; objetivo para el cual, no obstante, se precisaban reglas más claras en una normativa manifiestamente obsoleta⁹ y que aventuraba la evolución no satisfecha por las directrices contenidas en las Directivas 92/50/CE del Consejo, de 18 de junio de 1992; 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993; y 93/37/CE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios, de suministro y de obras respectivamente.

5 GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «Introducción de cláusulas sociales como criterio de adjudicación», en *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, ob. cit., págs. 87-88.

6 STJUE, de 20 de septiembre de 1998, C-225/98 (Comisión de las Comunidades vs. Francia), ECLI:EU:C:2000:494.

7 DÍEZ SASTRE, Silvia, «Las cláusulas sociales en la contratación pública», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, pág. 197.

8 STJUE, de 20 de marzo de 1990, C-21/88 (Du Pont de Nemours Italiana), ECLI:EU:C:1990:121, así como STJUE, 11 de julio de 1991, C-351/88 (Laboratori Bruneau), ECLI:EU:C:1991:304.

9 SPAVENTA, Eleanor, «On discrimination and the theory of mandatory requirements», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 3, 2000, págs. 457-478, con especial referencia a cuanto encuentra encaje en las notas 12, 34 y 54.

La evidente carencia normativa fue puesta de relieve en 1996, dentro del Libro Verde «*La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*»¹⁰, cuyos apartados 5.38 a 5.44 aparecían expresamente dedicados a la «contratación pública y políticas sociales»; también en el epígrafe «alcanzar y consolidar un efecto de sinergia con otras políticas comunitarias», dentro de la Comunicación de 1998 intitulada «*La contratación pública en la Unión Europea*», donde mediaba el intento de resolver algunas preguntas que quedaron abiertas en el documento anterior, entre las cuales se encontraba la vertiente social¹¹.

Cuanto con el transcurso del tiempo no dejan de ser unos primeros pasos balbuceantes y en algunos extremos «pintorescos»¹², tuvo el enorme mérito de abrir camino en medio del espacio hostil dado por la proscripción de cuanto no fueran intereses puramente comerciales¹³. A su través se comienza a vislumbrar la transición hacia una contratación administrativa con otros condicionantes¹⁴, que encuentra reflejo judicial en la solución de una nueva cuestión prejudicial destinada a ventilar el acomodo al condicionante europeo de un criterio de contratación vinculado a la acción local de lucha contra el desempleo como criterio subsidiario de adjudicación, destinado a operar únicamente cuando hubiera ofertas equivalentes y fuera preciso acudir al desempate.

En su pronunciamiento, el Tribunal de Justicia «avanza un paso más»¹⁵, o «da un giro»¹⁶, pues añade que el ordenamiento europeo ya en aquel entonces no excluía «la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que esta respete todos los principios del ordenamiento comunitario y, en particular, el principio de no discriminación»¹⁷. De este modo, y si bien —como recuerda— las directivas de la década de los 90 únicamente admitían el precio más bajo o la oferta económica más ventajosa como criterios de adjudicación, el órgano judicial señala que la norma venía a establecer una lista meramente ejemplificativa de criterios susceptibles de ser tomados en cuenta a la hora de determinar cuál sea esa oferta más ventajosa. Por consiguiente, el precio, el plazo de ejecución y el coste de utilización, la rentabilidad o el valor técnico no dejan de ser sino alguno de los factores más significativos a ponderar; pero no

10 COM (96) 983, de 26 de noviembre 1996.

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

12 En los llamativos ejemplos que pone de relieve MIRANDA BOTO, José María, «Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea», ob. cit., pág. 1.

13 Así consta en las Conclusiones del Abogado General Kokott en el asunto C-368/10, ECLI:EU:C:2011:840: «la persecución de objetivos medioambientales y de política social estuvo proscrita durante mucho tiempo por la legislación en materia de contratación pública, lo que se manifestaba, entre otras cosas, en el uso de la expresión ‘objetivos ajenos a la adjudicación’».

14 MEDINA ARNÁIZ, Teresa, «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en *Observatorio de contratos públicos 2010*, obra colectiva, director José María Gimeno Feliú y coordinador Miguel Ángel Bernal Blay, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2011, págs. 77-79.

15 Mostrándolo con detalle, MEDINA ARNÁIZ, Teresa, «La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012, pág. 224.

16 GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «Cláusulas sociales y contratación pública: la experiencia del Derecho de la Unión Europea», ob. cit., pág. 87.

17 STJUE, de 26 de septiembre de 2000, C-225/98 (Comisión de las Comunidades Europeas vs. Francia), ECLI:EU:C:2000:494.

cabe excluir la introducción de otros criterios como pudieran ser el social de lucha contra el desempleo, aun cuando fuera a título de mero instrumento para resolver los desempates¹⁸. Con matices, pero las cláusulas sociales habían encontrado ya una triple funcionalidad: como prohibiciones de contratar, criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución¹⁹.

III. De la jurisprudencia al *soft law*

Sobre tal sostén jurisprudencial obra el primer intento sistemático de abordar la viabilidad operativa de los condicionantes estratégicos en la contratación pública. En concreto, y por cuanto interesa a este estudio, destaca la «*Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*»²⁰. Si bien su preocupación fundamental seguía asentada en eliminar cualesquiera barrera a la libre competencia²¹, así como en evitar el aumento de la discrecionalidad de los poderes adjudicadores a partir de la introducción de condiciones de carácter no económico (en particular durante la fase de evaluación de las ofertas)²², no deja de conceder algún margen a las cláusulas sociales —ciertamente menor que a las medioambientales— como parte de las especificaciones técnicas en contratos de obras y servicios (sobre todo en materia de prevención de riesgos laborales y accesibilidad universal), prohibiciones de contratar y criterios de selección o —procede insistir—, también, de adjudicación.

Tras la notable actuación de la Comisión, el Tribunal de Justicia tuvo la oportunidad de profundizar en las posibilidades y límites que presentaban los criterios de adjudicación al calor de dos pronunciamientos sobre cláusulas medioambientales. De este modo, cuanto en un primer momento llevo a incidir en lo excepcional de introducir cualesquiera otros elementos en la ponderación que no fueran los estrictamente económicos a la hora de elegir la oferta más ventajosa, en la línea de progreso apuntada conduce a perder ese sesgo extraordinario de partida y a admitir que «no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta». Eso sí, los patrones de nuevo cuño no solo habrán de respetar los principios de ordenamiento compartido, con el de no discriminación a la cabeza, así como el de publicidad y transparencia (demandando una mención expresa en el anuncio de licitación y en el pliego de prescripciones técnicas, donde habrán de aparecer en orden

18 FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María, *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 19.

19 MÉNDEZ NÚÑEZ, María Isabel, «La contratación pública: evolución europea de una estrategia», ob. cit., pág. 213.

20 COM (2001) 566, de 15 de octubre de 2001. Destacando este punto de arranque y el interés científico y administrativo, el largo muestrario incluido en GIMENO FELIÚ, José María, *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus Principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2019, pág. 36, nota 21.

21 ZÚÑIGA RIAL, Gloria, «El tratamiento de las cláusulas en la normativa reguladora de la contratación pública. Su consideración como criterios de adjudicación de los contratos administrativos», en *Dereito*, vol. 17, núm. 2, 2008, pág. 72 o PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 56, 2006, pág. 6.

22 MORETTINI, Simona, «Public procurement and secondary policies in EU and Global Administrative Law», en *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, legal issues and comparison*, obra colectiva, Springer-Verlag, Berlín, 2011, págs. 191-194.

decreciente a su importancia para que los interesados puedan conocer tanto su existencia como su concreto alcance), sino que igualmente habrán de satisfacer otros dos hasta ese momento implícitos, pero a partir de este pronunciamiento dotados de relieve singular²³: de una parte, no ser susceptible de atribuir al poder adjudicador una libertad incondicional de selección; de otro, y llamado a actuar en el futuro como límite fundamental a las condiciones de sostenibilidad²⁴, acreditar una relación necesaria con el objeto del contrato²⁵.

La doctrina se reitera punto por punto en un segundo pronunciamiento, cuya mayor novedad viene dada por el análisis de la proporcionalidad del peso otorgado en la resolución al criterio estratégico en función de los objetivos perseguidos y, en particular, la insistencia en establecer un método fiable de control²⁶.

Al calor de este nuevo impulso comienza a prepararse la tercera generación de normas en el sector (Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004), donde cristalizan los avances en cuatro ámbitos concretos: facultad para demandar criterios de capacidad técnica (con referencia concreta a determinados sistemas de gestión ambiental como EMAS); posibilidad de incorporar especificaciones referidas a rendimiento o exigencias funcionales que introduzcan características ecológicas o un método concreto de producción atento a los efectos ambientales de un determinado producto o servicio (con especial atención a las etiquetas ecológicas); admisión de criterios de adjudicación ajustados al cuádruple criterio aquilatado en la jurisprudencia y —en particular— a la demanda de una relación del requisito exigido con el objeto contractual (los criterios «deben permitir que el nivel de rendimiento ofrecido por cada oferta se evalúe a la luz del objeto del contrato, tal como se define en las especificaciones técnicas, y que se mida la relación calidad/precio de cada oferta» —considerandos 55 Directiva 200/17/CE y 46 Directiva 2004/17/CE—) que se mantendrá en el actual paquete de directivas; finalmente, vía abierta para las condiciones de ejecución de carácter social o medioambiental.

Según cabe aprobar, la norma europea seguía centrando su atención en las cláusulas medioambientales, con relegación en la práctica de las sociales al ámbito de las condiciones especiales de ejecución. Aspecto tanto más patente cuanto que, si bien los considerandos mencionan la viabilidad de introducir criterios sociales en la adjudicación, no se vuelve a

23 PRECIADO DOMENECH, Carlos Hugo, *Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, Bomarzo, Albacete 2018, pág. 25.

24 SEMPLE, Abby, «The link to the subject matter: A glass ceiling for sustainable public contract», en *Sustainable public procurement under EU Law*, obra colectiva, Universidad de Cambridge, Cambridge, 2016, págs. 69-70; MARTÍNEZ PALLARÉS, Pedro Luis, «Reflexiones sobre la inclusión de aspectos sociales y medioambientales como criterios de adjudicación de los contratos públicos», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 18, 2003, págs. 34-37 o GIMENO FELIÚ, José María, *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus Principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, ob. cit., págs. 59-61.

25 STSUE, de 17 de septiembre de 2002, C-513/99 (Concordia Bus Finland), ECLI:EU:C:2002:495.

26 STJUE, de 4 de diciembre de 2003, C-448/01 (EVN Wienstrom), ECLI:EU:C:2003:651. Un detenido análisis desde esta perspectiva en TREVIÑO LOZANO, Laura y UYSAL, Ezgi, «Bringing the gap between corporate sustainability due diligence and EU public procurement», en *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, vol. 30, núm. 5, 2023, pág. 565.

retomar la idea en el precepto correspondiente, como sí ocurre con los de carácter ecológico. Estos —y solo estos—, además, también reciben un nuevo apoyo a través de la Comunicación intitulada «*Contratación pública para un medio ambiente mejor*»²⁷, donde procede a revisar —con el propósito de culminar toda una serie de herramientas formativas específicamente diseñadas en esta concreta materia— los beneficios de su incorporación y los obstáculos a superar, proponiendo el desarrollo de criterios comunes de compra ecológica con objetivos, indicadores e iniciativas conjuntas en la materia.

Por el contrario, los criterios sociales van a sufrir un nuevo revés, en esta ocasión en vía judicial²⁸, pues frente a las tesis ambientales de talante progresista, obra la evidente relegación en el contenido social («ominosa ocasión»²⁹) de considerar contraria al ordenamiento europeo la propuesta de resolución de una subcontrata pública realizada por un land alemán al comprobar que las subcontratista, ignorando el convenio aplicable en el lugar de ejecución, abonaba el salario correspondiente al convenio del lugar de origen de la entidad, con lo cual las personas trabajadoras a su servicio venían a cobrar menos de la mitad de cuanto percibían como protección mínima quienes vivían en ese sector y territorio.

Afirma el Tribunal que, en el marco de la contratación pública, únicamente cabe imponer a las empresas con sede en un estado miembro, que desplazan a sus trabajadores a otro país, el cumplimiento de las leyes y convenios de aplicación general; no puede establecerse, empero, el obligado respeto a cuantas condiciones superen tales umbrales mínimos, pues supondría vulnerar el principio de libre prestación de servicios³⁰. Con tal resolución queda claro que en ese momento no solo la operatividad del condicionado aquí analizado era más restringida, sino que se abría un camino peligroso hacia el *dumping* social³¹, manifiestamente opuesto a cuanto predica el Convenio núm. 94 de la OIT sobre cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas³².

27 COM (2008) 400 final.

28 STJCE, de 3 de abril de 2008, C-346/06 (Rüfert), ECLI:EU:C:2008:189.

29 MIRANDA BOTO, José María, «Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea», ob. cit., pág. 76.

30 Por extenso, magnifica la réplica de MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de 'legitimidad' al de sus 'límites'», *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, en particular págs. 92 y ss.

31 Así cabrá apreciarlo en el cuidado análisis de FERRANDO GARCÍA, Francisca María y RODRÍGUEZ EGIO, María Monserrate, «Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: un ejemplo de controversia entre las libertades económicas y la protección frente al 'dumping' social», en *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, ob. cit., pág. 217-238; antes en el tiempo, el muy lúcido apunte de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, «El caso Rüfert ¿una constitucionalización del *dumping* social?», *Relaciones Laborales*, T. II, 2008, págs. 213-244.

32 BRUUN, Niklas; JACOBS, Antoine y SCHMIDT, Marlene, «ILO Convention n.º 94 in the aftermath of the Rüfert case», en *Transfer*, vol. 16, núm. 4, 2010, págs. 473-488.

IV. La maduración de una idea en la jurisprudencia y en la acción del ejecutivo europeo

Aquejada de obsolescencia prematura, o patentes los elementos de novedad que introducían las directivas y las dificultades que su operatividad estaba generando —pues para ambas opiniones existen pautas de opinión³³—, la evolución en Europa entra en una etapa dominada por el *soft law*, con dos documentos de interés por su papel de complemento: de un lado, el titulado «*Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*»³⁴; de otro, la Comunicación que contiene un nuevo «*Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE*»³⁵.

En el primero de ellos, la Comisión realiza un esfuerzo importante por deslindar los criterios de adjudicación de carácter social que guardan una relación directa con el objeto del contrato de aquellos que no lo tienen. Respecto de los primeros, que coadyuvarán a determinar la oferta económica de mejor valor, precisa que habrán de estar vinculados al objeto a adquirir o servicio a proporcionar, según se describa en las especificaciones técnicas, permitiendo evaluar las licitaciones según criterios cualitativos y económicos en todos los sectores. Facilita, a tal propósito, ejemplos de cláusulas admisibles (contratación orientada a la atención a personas con discapacidad o a satisfacer determinadas necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, personalizando el servicio según edad, sexo o dificultades económicas) y otras que no lo son (como la creación de nuevos puestos de trabajo en el mercado local).

El segundo de los documentos principia y finaliza instando a los poderes adjudicadores a utilizar «su poder adquisitivo para comprar bienes y servicios con un alto valor social», proponiendo un debate a partir del cual replantear las formas de concretar su dimensión en las especificaciones técnicas, incorporar criterios derivados de la experiencia, revisar la adecuada definición de los criterios de adjudicación y sopesar el tipo más adecuado de condiciones de ejecución. Añade otros dos aspectos que supondrán una dificultad práctica a los órganos de contratación a la hora de establecer condiciones estratégicas e interesan de manera singular a este análisis: de un lado, la comprobación de los requisitos exigidos, principalmente en las cadenas de suministro transnacionales; de otro, la demanda de que todas las cláusulas estén vinculadas al objeto del contrato, ponderando los beneficios y riesgos derivados de flexibilizar la relación, para aproximarla a la establecida en el ámbito de las condiciones de ejecución, donde únicamente se requiere un vínculo con las tareas necesarias para la producción de bienes y la prestación de servicios.

La actualidad del Tribunal de Justicia viene marcada por un primer pronunciamiento que en un aspecto muy puntual parece querer unir la evolución de los criterios sociales a los ecológicos; a este subsigue otro segundo en el cual las pautas interpretativas retornarán, en lo social, a ese lugar donde nunca debieron de haber estado.

33 RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, «Cláusulas sociales y contratación pública», en *Diario La Ley*, núm. 8766, de 20 de mayo de 2016.

34 SEC (2010) 1258 final, de 10 de octubre de 2010, en particular pág. 37.

35 COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011.

Así, en aquel anterior en el tiempo el órgano judicial analiza la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la exigencia de una etiqueta ecológica y otra de comercio justo como especificación técnica y/o requisitos de adjudicación y/o de capacidad en el marco de un contrato de suministro de té licitado por una provincia de Países Bajos. En particular, y por cuanto hace de manera específica al más conflictivo ámbito de la relación con el objeto del contrato, la sentencia introducía una interpretación sobre el ordenamiento europeo de la contratación pública que supera notoriamente los márgenes anteriormente expuestos y se acomoda a las bases más progresistas contenidas en la Guía de 2010. Tal ocurre cuando admite que los órganos de contratación puedan elegir criterios de adjudicación fundados en consideraciones de carácter social relativas a personas distintas de los usuarios de las obras, suministros y servicios objeto del contrato; añade, además, que la etiqueta social solicitada presenta, en el contexto controvertido, el vínculo exigido por el entonces vigente art. 53.1 a) de la Directiva 2004/18/CE. En este sentido destaca cómo: en primer lugar, «los criterios impuestos por la fundación que concede la etiqueta [de comercio justo] tienen por objeto favorecer a los pequeños productores de los países en desarrollo, al mantener con ellos relaciones comerciales que tienen en cuenta las necesidades reales de dichos productores, y no solo las leyes del mercado»; en segundo término, «no es necesario que un criterio se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento materialmente incorporado a este».

De forma magistral resume esta nueva filosofía la idea incorporada a las conclusiones del Abogado General: «aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de su responsabilidad social»³⁶.

El avance notabilísimo de tal pronunciamiento —que inspira de manera apreciable el nuevo paquete de directivas en proceso de elaboración³⁷— contrasta de manera elocuente con otra sentencia que vuelve sobre los pasos de las condiciones de trabajo dentro de una prestación transnacional de servicios. En ella se entraba a valorar, de nuevo, si era compatible con el ordenamiento europeo la norma alemana que imponía a los licitadores y sus subcontratistas el compromiso de pagar al personal llamado a ejecutar las prestaciones objeto del contrato el salario mínimo previsto en la sede del órgano de contratación. Cuestión prejudicial surgida por el hecho de demandar tal condición —una de los aspectos sociales más arraigados en Alemania³⁸— a un operador económico que tenía la intención de subcontratar la ejecución a una empresa radicada en distinto Estado donde había de realizarse en exclusiva la prestación, el Tribunal concluyó (despachando cualquier incidencia de la Directiva 2004/18/CE en único considerando, para «suponer» que una exigencia de este tenor podría ser valorada como un factor de tipo social) que las normas sobre el mercado interior continental impiden la viabilidad de cualquier medida tendente a dificultar la deslocalización de servicios en el seno de la Unión Europea³⁹.

36 STJUE, de 12 de mayo de 2012, C-3681/2010 (Comisión vs. Países Bajos), ECLI:EU:C:2012.284. Las conclusiones presentadas el 15 de diciembre de 2011.

37 VAN DEN ABELE, Éric, *Integrating social and environmental dimensions in public procurement: One small step for internal market, one giant leap for the EU?*, ETUI, Bruselas, 2014, en particular págs. 18-23.

38 STJUE, de 18 de septiembre de 2014, C-549/13 (Bundesdruckerei), ECLI:EU:C:2014.2235.

39 Sobre los efectos de la sentencia en el influente ordenamiento alemán, SARTER, Eva Katharina; SACK, Detlef y FUCHS, Sebastian, «Public procurement as social policy? An introduction to social criteria in public procurement in Germany», en *Hans Böckler Stiftung Working Paper Series on 'Comparative Governance'*, núm. 1, 2014, págs. 8-12.

V. La reacción normativa y la consolidación de una tendencia preñada de futuro

El hecho de que apenas si acabaron de ver la luz ya fueran ignoradas y/o superadas por la doctrina del Tribunal de Justicia, así como que las aclaraciones que de inmediato precisaron constituyeran la verdadera guía para los organismos de contratación y las empresas, hizo que las directivas de 2004 fueran derogadas, tras una vigencia de apenas doce años, por otras provenientes del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014: la Directiva 2014/24/UE para sustituir a la 2004/18/CE y la Directiva 2014/25 para hacer lo propio con la 2004/17, siendo regulación de nuevo cuño la contenida en la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Sobre su finalidad no deja dudas el considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE, cuando sienta que «la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada ‘Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador’ (*«Estrategia Europa 2020»*), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad [con las anteriores directivas] a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes».

Esta mayor preocupación por los aspectos sociales encuentra reflejo inmediato en la norma de referencia, desarrollo apropiado en documentos destinados a orientar su aplicación y eco en una jurisprudencia europea especialmente fértil.

A.- Por cuanto hace al contenido de la norma, resalta sobremanera el hecho de que, mientras la Directiva 2014/18/CE se limitaba a destacar, entre los principios de contratación, la necesidad de que las autoridades encargadas de la adjudicación trataran a los operadores económicos de forma igual y sin discriminar, obrando a tal propósito con transparencia, el art. 18 de la Directiva 2014/24/UE va mucho más allá, pues además de introducir el principio de proporcionalidad —de singular relieve en la configuración de las cláusulas sociales—, establece que los Estados «están llamados a adoptar las medidas oportunas para garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos, los operadores económicos cumplan las obligaciones aplicables que en materia medioambiental, social o laboral establecen el ordenamiento europeo, el nacional, los convenios colectivos y las disposiciones de Derecho Internacional que enumera en su Anexo X, entre ellas —y de manera destacada— los Convenios fundamentales de la OIT». Para salvar cualquier duda, su art. 67.2 recoge que «la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia (...) y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto de que se trate».

Con ser importante la mención de las características sociales entre los criterios de adjudicación, destaca el hecho de acoger la reciente doctrina jurisprudencial cuyo propósito radica en flexibilizar el vínculo que haya de mantener con el objeto del contrato. Así consta en el considerando 97 («la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o gestión de las obras, suministros o servicios adquiridos») y se plasma en el art. 67.3, al establecer que «se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho 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; b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material».

Relación que el art. 70 extiende a las condiciones de ejecución (según explicita en el considerando 99) y habrá de llevar a defender que, o bien los criterios vinculados han de considerarse incluidos en el concepto legal de «prestación», o bien el listado contenido en el art. 67.3 dista de ser exhaustivo, conforme permite inferir no solo el tenor literal del precepto, sino el considerando 92⁴⁰.

Por último, llevando a la norma cuanto era también jurisprudencia, y como cautela frente a la deslocalización, el considerando 38 de la Directiva indica que los servicios se desarrollan en el lugar donde se ejecutan las prestaciones características. En particular, si proporcionados a distancia, no habrán de importar los lugares y Estados miembros donde se dirigen, sino aquel donde se realizan. Por su parte, la introducción de cláusulas sociales, cualquiera que sea su naturaleza, debe venir acompañada de medidas a partir de las cuales comprobar su cumplimiento efectivo en la fase de ejecución, bajo el riesgo de provocar distorsiones en la competencia, sin poder afirmar que hayan sido eficaces y útiles para la consecución de los fines de interés general que justifiquen su inclusión.

B.- En el plano ejecutivo, destacan dos reflexiones contenidas en sendas Comunicaciones que sirven para mostrar la virtualidad real de las nuevas directivas y el compromiso de las Instituciones europeas con el empeño. Bajo la primera, titulada *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*⁴¹, queda cumplida constancia sobre la necesidad de evolucionar desde un enfoque «administrativo» a otro «estratégico» en la contratación pública, para así conseguir un nivel aceptable de utilización aún alejado de la realidad; ponderando, a tal fin, cómo «las autoridades públicas se están esforzando en general en crear una sociedad más justa basada en la igualdad de oportunidades, el crecimiento económico sostenible y una amplia participación en el mercado, garantizando la sostenibilidad de las finanzas públicas. La contratación pública seguirá siendo un instrumento crucial de aplicación de las políticas. Dada su magnitud en cuanto a gasto público, puede facultar a los gobiernos a lograr resultados políticos clave, si se utiliza como una herramienta estratégica».

40 Destacando, de este modo, la simetría entre criterios de adjudicación y condiciones de ejecución, BORDALO FAUSTINO, Paula, «Award criteria in the new Directive on public procurement», en *Public Procurement Law Review*, vol. 23, núm. 2, 2014, pág. 130.

41 COM (2017) 572 final.

La misma idea late en las conclusiones del Consejo bajo el enunciado *Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente*⁴², donde se destaca «que las compras públicas pueden y deben utilizarse para apoyar los aspectos sociales y la protección de los derechos humanos en las cadenas de suministro mundiales, la inclusión social y el empleo justo para contrarrestar los efectos socioeconómicos de la crisis». A sus resultas, insta a la Comisión para «que proporcione orientaciones que incluyan ejemplos sobre cómo aplicar estos objetivos en el marco de un procedimiento de contratación pública».

En atención a tal mandato, cabe dar cuenta de una profusa labor de difusión, bajo el marco de las «iniciativas inspiradoras» conocidas como «*Buying for Social Impact*»⁴³ y *Social EU*⁴⁴, que comprende varias referencias imprescindibles, encabezadas por la segunda edición del documento intitulado «*Compras socialmente responsables: guía para tener en consideración los aspectos sociales de la contratación pública*»⁴⁵, cuyo contenido se ve enriquecido con el muestrario recogido en el documento complementario destinado a recibir algunos de los mejores ejemplos en la materia⁴⁶; también por un documento abreviado que trata de solventar las preguntas más frecuentemente suscitadas por los operadores en torno a los aspectos medulares de la contratación pública⁴⁷.

Obra así un cambio notable en la posición de la Comisión (también —pero en menor grado— del Consejo), que cabe unir a la ya sostenida por otras Instituciones desde antes y de manera decidida, como el Comité Económico y Social Europeo (según recuerda en el recorrido sobre la labor desempeñada y perspectivas de futuro que obra en su dictamen de 2024 sobre la materia, donde insiste en la necesidad de un plan de acción más decidido por parte de la Comisión)⁴⁸, y que se recibe de manera nítida en el Informe publicado en 2024, portador de la hoja de ruta para el nuevo ciclo político e institucional europeo 2024-2029 con el objetivo de fortalecer la economía y la competitividad de Europa, así como el bienestar de sus ciudadanos, de cuyo contenido baste reproducir dos fragmentos harto ilustrativos. A tenor del primero, «la contratación pública debe aprovecharse para abogar por una ‘via rápida’ (*high road*) hacia el desarrollo. Esto implica centrarse en política y prácticas que vayan más allá de los requisitos mínimos en términos de salarios y condiciones. Este planteamiento conlleva [la necesidad de compaginar] el gasto público con una agenda más amplia de progreso social e inclusión económica». A partir del segundo, «la normativa sobre contratación pública debe

42 2020/C 4121/01, de 25 de noviembre de 2020.

43 COMISIÓN EUROPEA, *Buying for social impact. Good practice from around the EU*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019.

44 Incluida dentro del proyecto *Buy Social Europe B2B*, como un movimiento global, con dimensión transnacional, destinado a conseguir una contratación pública socialmente responsable, en <https://euclidnetwork.eu/portfolio-posts/buy-social-europe-b2b/>

45 C (2021) 3573 final, de 26 de mayo de 2021.

46 COMISIÓN EUROPEA, *Making socially responsible public procurement work. 71 Good practice cases*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2020.

47 COMISIÓN EUROPEA, *15 frequently asked questions on socially responsible public procurement*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2021.

48 Aprobado por el Pleno de la Asamblea el 23 de octubre de 2024, COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Contratación pública y entidades de la economía social. Dictamen de iniciativa INT/1056*, 2024, en <https://contratacionpublicaresponsable.org/noticia/dictamen-contratacion-publica-y-entidades-de-la-economia-social/>.

garantizar que los contratos fomenten la creación de empleos de alta calidad, caracterizados por salarios justos y condiciones respaldadas por convenios. Para cumplir las normas sociales (...) es necesaria una verificación más estricta de los operadores económicos. Esto incluye acciones como rechazar ofertas inusualmente bajas, descalificar a las empresas que no cumplan las normas y realizar inspecciones *in situ*. En este sentido, es imperativo regular las prácticas de subcontratación para evitar la explotación y los abusos»⁴⁹.

C.- El ajuste legal a la práctica totalidad de sus postulados no ha impedido que el Tribunal de Justicia mantenga el tradicional papel motor en el diseño de la contratación pública europea. Tres pronunciamientos vienen a unir el parecer del órgano jurisdiccional a la corriente de progreso que prima en la actualidad.

La primera de las sentencias vuelve a suscitar la cuestión sobre la licitud de la cláusula que obliga a los licitadores a comprometerse a pagar un salario mínimo a las personas trabajadoras que ejecutan el contrato. La diferente fuente en esta ocasión (la ley del land concernido, por oposición a la previsión en convenio del supuesto precedente comentado) sirve como pretexto para —no sin ciertas ambigüedades— superar la «jurisprudencia comunitaria antisocial» de algunas épocas precedentes»⁵⁰. En este sentido, declara el pleno acomodo de la norma al ordenamiento social europeo (y la cláusula de exclusión a quien como licitador no la acate como condición), pues «la limitación del ámbito de aplicación de la norma nacional a los contratos públicos es mera consecuencia del hecho de que existan normas de Derecho de la Unión que son propias de este ámbito»⁵¹. Afirmación a partir de la cual cabrá defender la validez de estas previsiones en función de su aplicación diferenciada al sector público y privado»⁵².

El segundo de los pronunciamientos analizó la adecuación al Derecho de la Unión Europea de la condición establecida en la normativa italiana en virtud de la cual los adjudicadores debían aplicar a las prestaciones subcontratadas unos precios que no podían ser inferiores a un determinado porcentaje respecto de los precios de adjudicación. El Tribunal rechaza la validez de la cláusula invocando tres razones fundamentales que, a pesar de la respuesta negativa, no conducen a desandar el camino avanzado, sino a precisarlo para una mayor seguridad⁵³. En primer lugar, considera que la norma hace menos atractiva la posibilidad de

49 LETTA, Enrico, *Much more than a market. Speed, security, solidarity (Empowering the single market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU citizens)*, abril 2024, en <https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf>.

50 MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de su 'legitimidad' al de sus 'límites'», ob. cit., págs. 88-80; de igual opinión, GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel, «Libertad de empresa, concurrencia mercantil y normas sociales del mercado interior europeo», en *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, págs. 50-51.

51 STJUE, de 17 de noviembre de 2015, C-115/2014 (RegioPost), ECLI:EU:C:2015:76. Un comentario amplio al respecto en VÁZQUEZ LACUNZA, Estela, «El pago de un salario mínimo como condición especial de ejecución en los contratos públicos», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 146, 2016, págs. 28-41.

52 Conforme late en la STJUE, de 24 de mayo de 2023, T-268/21 (Ryanair vs. Comisión Europea), ECLI:EU:T:2023:279. En profundidad, ORLANDIN, Giovanni, «Salario minimo, clausole di equo trattamento e libera concorrenza: a proposito di una recente sentenza del Tribunale dell'Unione Europea favorevole a Ryanair», en *Diritti lavori mercati*, vol. 3, 2023, págs. 531-545.

53 GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «Cláusulas sociales y contratación pública: las experiencias del Derecho de la Unión Europea», ob. cit., pág. 94.

subcontratar, cuando esta es la vía única bajo la cual muchas Pymes pueden acceder a la contratación pública; por tanto, va claramente más allá de lo necesario, pues se aplica sin atender a las circunstancias del caso en presencia, es decir, al margen de la protección social garantizada por la ley o el convenio aplicables al trabajador. En segundo término, la validez del requisito no puede provenir de la invocación del principio de igualdad, pues el simple hecho de que un licitador esté en disposición de limitar los costes, gracias a los precios negociados con los subcontratistas, no supone una violación por sí misma del principio de igualdad de trato, sino que más bien contribuye a reforzar la competencia. Por último, tampoco el objetivo de asegurar la viabilidad tanto de la oferta como de la correcta ejecución basta para motivar el límite, pues median diversas alternativas menos restrictivas para facilitar su consecución, tales como —entre otras— la comprobación de las capacidades de la subcontratista o la existencia de ofertas anormalmente bajas⁵⁴.

En fin, la primera vez que una sentencia del Tribunal de Justicia aplica la Directiva 2014/24/UE lo hace para abordar las consecuencias que para la oferta presenta el dato de que el licitador pretenda subcontratar parte de la prestación con una empresa que no respeta las normas relativas al derecho al trabajo de las personas discapacitadas⁵⁵.

El mayor interés radica en el dato de que, entre las posibles interpretaciones de su art. 18, acoge aquella en la cual el respeto a las obligaciones medioambientales, sociales y laborales en la ejecución de los contratos encuentra mayores garantías⁵⁶. En este sentido, afirma que «los poderes adjudicadores (...) podrán comprobar (...) si concurren motivos para excluir a alguna subcontratista con arreglo al art. 57. En tales casos, el poder adjudicador exigirá que el operador económico sustituya al subcontratista que haya incurrido [en la conducta reprochable]».

Dos consecuencias subsiguen a la valoración para aquilatar cuanto de manera expresa viene a ser calificado como «un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros». Por una parte, «cuando la normativa nacional establece que tiene la facultad —o incluso la obligación— de excluir al operador económico (...), la entidad adjudicadora está obligada, en aras de la observancia del principio de igualdad de trato, a comprobar la existencia de cualquier incumplimiento de tales obligaciones [en materia ambiental, social y laboral] no solo en relación con todos los operadores económicos que han presentado ofertas, sino también con respecto a todos los subcontratistas que los operadores económicos hayan mencionado en sus respectivas ofertas»⁵⁷.

54 STJUE de 27 de noviembre de 2019, C-402/18 (Tedeschi), en ECLI:EU:C:2019:1023: en la doctrina, por extenso, SOLDEVILA FRAGOSO, Santiago, «Límites a la subcontratación pública», *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2020, pág. 7; o, de particular interés por su proyección sobre la situación nacional, GUALCO, Giulia, «L'evoluzione dei limiti quantitativi del subappalto alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia: una comparazione tra Italia e Spagna», en *DPCE Online*, vol. 49, núm. 4, 2021.

55 STJUE de 30 de enero de 2020, C-395/18 (Tim SpA), ECLI:EU:C:2020:58.

56 Cozzio, Michele y CARUSO, Edoardo, «Contratación pública sostenible: entre el Derecho Europeo y el nuevo Código italiano», en *Foro*, núm. 43, 2025, págs. 31 y 39-40.

57 Una adecuada ponderación en RACZKIEWICZ, Zbigniew, «Tenderers may be excluded, if the grounds for exclusion are applicable to their subcontractors», en *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, vol. 15, 2020, pág. 181.

Por otra, únicamente será de recibo la respuesta bajo la forma de exclusión cuando en el caso concreto medie adecuada proporcionalidad. Así el poder adjudicador ha de estar en disposición de valorar de forma individualizada las circunstancias del caso en presencia, incluida en tal ponderación la oportunidad de que el operador económico demuestre su fiabilidad a través de la presentación de medidas correctoras⁵⁸.

Esta última etapa no puede concluir sin una mención expresa a dos fuentes con un potencial inmenso de futuro: la una apenas en ciernes y de márgenes inciertos; la otra bajo la forma de compromiso internacional llamada a actuar con una fuerza transformadora cuya expansión aventura unos límites capaces de llevar a concebir sus notables avances actuales como una mera fase de cimentación del edificio de colosales dimensiones a construir.

La primera, «que continúa un tanto ‘desapercibida’ por los aplicadores jurídicos»⁵⁹, viene dada por el Reglamento (UE) 2022/1031 del Parlamento y del Consejo, de 23 de junio de 2022, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países, más conocida como Instrumento de Contratación Internacional (ICI). A través de la norma, y como apunta su propia y larga denominación, ve la luz una triple ordenación destinada a⁶⁰: primero, instaurar medidas destinadas a mejorar el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos de terceros países; segundo, instruir un procedimiento para que la Comisión pueda realizar investigaciones sobre supuestas medidas o prácticas de terceros países contra los operadores de la Unión e iniciar consultas con ellos; por último, y también, permitir que la Comisión imponga contramedidas en relación con tales acciones o prácticas de terceros países, con el fin de restringir el acceso de los operadores jurídicos de aquellos a los procedimientos de contratación pública de la Unión.

De este modo, y a falta de un acuerdo internacional en materia de contratación pública, ha lugar a una relevante armonización comunitaria de las reglas aplicables a operadores, bienes y servicios provenientes de terceros Estados, con una reserva de competencias trascendentales en favor de la Comisión a la hora de establecer medidas restrictivas cuando, de una u otra forma, puedan resultar perjudicados los empresarios europeos por esas medidas que contrarían la política comercial conjunta.

En este marco es donde precisamente los Estados miembros conservan la posibilidad de incidir de manera indirecta sobre las licitaciones a través de la introducción de elementos vinculados a la calidad o al fomento de la responsabilidad social y de la protección del medio ambiente, para así favorecer una mayor comparabilidad entre las ofertas europeas y

58 ZINZI, Maddalena, «L'esclusione dagli appalti pubblici e la polivalenza del sindacato di proporzionalità», en *DPCE Online*, vol. 43, núm. 2020.

59 GIMENO FELIÚ, José María, «El 'eterno' viaje normativo de la contratación pública: tendencias y aspectos jurídicos», en *Observatorio de Contratación Pública*, 21 de enero 2023, en <https://www.obcp.es/opiniones/el-eterno-viaje-normativo-de-la-contratacion-publica-tendencias-y-aspectos-practicos>.

60 Su resumen en OLESTI RAYO Antonio, «La actividad de la Unión Europea», en *Informe Comunidades Autónomas 2022*, obra colectiva, Observatorio de Derecho Público IDP Barcelona, Barcelona, 2023, pág. 230.

las extranjeras⁶¹. Hacerlo, además, de manera tal que la imposición de deberes exigentes en materia de calidad, seguridad, medio ambiente y derechos sociales no lastre en exceso la competitividad de las economías del Viejo Continente⁶².

Con su implantación se trataría de obtener el quintuple beneficio que destaca la Comunicación sobre *Revisión de la política comercial: una política comercial abierta, sostenible y firme*⁶³: promover modelos de crecimiento más sostenibles en el marco de la transición verde, digital y la equidad social; fortalecer las cadenas de suministro y reducir la dependencia comercial; mejorar el acceso de los operadores europeos a los mercados internacionales, garantizando la igualdad de trato; apoyar el papel europeo en la definición de normas y estándares de referencia a nivel global; y, en fin, ampliar la red de cooperación, alianzas y acuerdos comerciales⁶⁴.

La segunda de las fuentes materiales viene dada por los ODS. Agendados en el Horizonte 2030 con la finalidad de promover la convergencia entre los países de la UE con el resto del mundo, los 17 objetivos constituyen una estrategia transfronteriza de carácter integrado e indivisible que comprende las esferas económica, social y ambiental para proponer, entre otras metas, un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible que satisfaga su lema de «Transformar el Mundo»⁶⁵.

Bajo tal diseño, las Instituciones han decidido incluirlos en las políticas e iniciativas comunes a todos los niveles. A sus resultados, también deben merecer peso específico en el modo en el cual los poderes adjudicadores están llamados a diseñar la arquitectura de su contratación pública⁶⁶. El principio de eficiencia no podrá prescindir ya de los objetivos sociales y ambientales (hoy, la eficiencia o es social y ambiental o no es verdadera eficiencia⁶⁷), debiendo llevar a corregir cualquier tentación o exceso economicista en aras de la nueva perspectiva con la cual ha sido dotado el derecho de los ciudadanos a una buena administración para construir una sociedad mejor⁶⁸.

61 ESTEBAN RÍOS, Javier, «El Instrumento de Contratación Internacional: régimen y problemática de la armonización europea frente al proteccionismo en los contratos públicos», en *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 66, 2023, pág. 185.

62 ESTEBAN RÍOS, Javier, «Contratos públicos y límites para los licitadores, bienes y servicios de países terceros: evitar la 'competencia desleal para reforzar el mercado interno'», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 217, 2022, págs. 175 y ss.

63 COM (2021) 66 final, de 18 de febrero de 2021.

64 COZZIO, Michele, «La nueva política comercial de la Unión Europea (UE) y sus efectos en la contratación pública internacional», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 74, núm. 288, 2024, págs. 297 y 298.

65 GIMENO FELIÚ, José María, «Los objetivos de sostenibilidad e inclusividad de la Agenda de Naciones Unidas y su incidencia en la contratación pública: de las ideas a la acción», en *La Agenda 2030: implicaciones y retos para las administraciones locales*, obra colectiva, coordinador José Esteve Pardo, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2021, págs. 67 y 68.

66 GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «Derecho de la contratación pública de la Unión Europea y mecanismos de tutela», en *Contratación pública global. Visiones comparadas*, directores Enrique Díez Bravo y Jose Antonio Moreno Molina, Tirant lo Blanch, Valencia 2020, págs. 619-621.

67 FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, «La apuesta por la calidad pone en jaque al precio», en *Observatorio de Contratación Pública*, 12 diciembre de 2022 (pág. 7 del enlace).

68 Incidiendo en la relevancia de todos los ODS, pero en especial el 5 (en relación con el 10), 8 y 12 y 17, CAMPOS ACUÑA, Concepción, «Cómo alcanzar los ODS a través de la contratación pública en 3

Así se reivindica en la conocida como Carta de Zaragoza, donde se indica que en el liderazgo que el sector público ejerce en materia de sostenibilidad social y ambiental, a través del contrato público, está llamado a actuar como motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, destacando la gestión en personal con propósito, según insiste, también, el Foro de Compra pública responsable⁶⁹.

Tampoco podrá hacerlo el principio de transparencia, pues significará introducir la justicia social como brújula ética, llevando a ordenar los procedimientos al objetivo de preservar la mejor calidad en la prestación de los servicios público⁷⁰, entendida como la vía más segura para generar la necesaria confianza institucional⁷¹. En cuanto tal, corolario del principio de igualdad de trato y garantía de un mercado interior en la Unión Europea⁷².

Conclusión

La dinámica europea muestra una evolución imparable desde aquella etapa inicial en la cual la principal preocupación radicaba en que las administraciones nacionales no distorsionaran la competencia entre operadores cuando seleccionaran la mejor oferta disponible en el mercado, a otras ulteriores y en permanente progreso en las cuales la labor del Tribunal de Justicia ha resultado fundamental a la hora de incorporar condiciones estratégicas en la contratación pública.

Siempre sobre los pasos del camino que han ido abriendo las cláusulas medioambientales, y con respeto escrupuloso a los principios del ordenamiento comunitario (con la transparencia y la no discriminación a la cabeza), la flexibilidad en la exigencia de una relación directa entre el objeto del contrato y el contenido social que se pretende satisfacer a su través ha sido el penúltimo avance transmitido desde la jurisprudencia europea ya no solo a los múltiples instrumentos de *soft law*, sino a las directivas de 2014. Abre, de este modo, un horizonte de retos a la relación calidad-precio como patrón para efectuar el encargo del cometido en interés público, entre los cuales dos despuntan con luz propia: la creación de órganos especializados para el diseño, adjudicación y seguimiento y control de los requerimientos sociales, así como la proyección de la diligencia debida sobre la cadena de valor de quien aspire a colaborar con las administraciones públicas.

ejes», en *Blog MasqLeyes*, 2020; añadiendo el ODS 4 y el enfoque multidimensional y estratégico que aporta, GORDO CANO, Diana, «Desarrollo y soluciones para la efectiva incorporación de cláusulas sociales a la contratación pública», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 127, 2023, págs. 67 y 68.

69 GIMENO FELIÚ, José María, *Hacia una buena administración de la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la estrategia y el valor de los resultados*, Marcial Pons, Madrid, 2024.

70 GIMENO FELIÚ, José María, «El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada que ponga el acento en la calidad», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022, págs. 35 y 36.

71 CAMPOS ACUÑA, Concepción, «ODS y contratación pública», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 9, 2023 y PINTOS SANTIAGO, Jaime, *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, INAP, Madrid, 2017, en particular págs. 27 y ss.

72 ORTÍZ VIDAL, María Dolores, «Las cláusulas sociales en el Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública», ob. cit., pág. 44.

Mejores prácticas

Tres aspectos merecen ser destacados como lecciones a aprender del pasado y que apuntan con fuerza para el futuro:

1. Resulta esencial para el progreso flexibilizar el requisito de conexión estricta entre el criterio social que se pretende introducir y el objeto del contrato público, para dar cabida a una relación de orientación más finalista, como vínculo amplio con las tareas necesarias para producir los bienes o prestar los servicios. De esta manera, se permitirá una actuación transversal del condicionado estratégico en todas las fases de la contratación, favoreciendo un tránsito desde el modelo coste-eficacia, afirmado sobre el precio, a otro configurado sobre la relación calidad-precio que incorpore los aspectos sociales y medioambientales como factor a sopesar de manera sistemática y permanente.
2. Conviene tener presente, en este mundo cada vez más globalizado, que la exigencia, valoración y observancia de los criterios sociales seleccionados por el órgano de contratación en numerosas ocasiones habrán de llevar a sopesar aspectos que no se pueden, ni deben, quedar relegados al entorno geográfico directamente concernido, sino extenderse a otros que incluso pueden llevar a tomar en consideración la actividad internacional de las entidades que pretenden y obtienen la adjudicación. Por idéntica razón, preciso será ponderar como conviene el ejercicio de la diligencia debida de quien aspira al contrato o lo está realizando, no en vano el condicionado estratégico bien pudiera comprender la exigencia de su observancia por cuantos forman parte de la cadena de valor.
3. Una apuesta por la calidad y la transición desde un enfoque «administrativo» a otro definitivamente «estratégico» en la contratación pública conducirá, sin duda, a una labor de superior complejidad en el procedimiento. Su satisfactoria implementación bien pudiera demandar, a semejanza de cuanto ocurre con los comités de expertos en la fase de adjudicación, la colaboración de órganos internos o externos con capacidad para asesorar sobre el diseño del aspecto social a integrar, su valoración a la hora de atribuir a una empresa concreta el desempeño del cometido público y, en particular, el seguimiento y control de su cumplimiento en fase de ejecución.