

# Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental

Juan Francisco Mestre Delgado  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LA POSIBILIDAD DE EMPLEAR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE OTRAS POLÍTICAS PÚBLICAS. II. CONTRATOS PÚBLICOS Y POLÍTICA REGIONAL Y SOCIAL. III. CONTRATOS PÚBLICOS Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. IV. EL FUTURO DE LA REGULACIÓN EUROPEA. V. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LA POSIBILIDAD DE EMPLEAR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE OTRAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A) La ordenación comunitaria de la contratación pública, que arranca de la década de 1970, pretendía inicialmente contribuir a la garantía de la libertad de establecimiento (así se reconoció expresamente en el Programa General, de 18 de diciembre de 1971, para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento), aunque realmente afectaba a todas las libertades básicas comunitarias, como se ha reconocido en las diferentes Directivas que se han aprobado, desde luego a partir del Vademécum sobre los contratos públicos en la Comunidad, de 31 de diciembre de 1987. El ámbito de la contratación pública presenta, en términos generales, una importancia sumamente destacada, en atención al volumen económico que en él queda comprendido y a las consecuencias de orden económico que produce; en el citado Vademécum se hizo notar que los contratos públicos representan una parte considerable del PIB, señalando que «los poderes públicos han visto en ellos, ante todo, un instrumento de su propia política económica, a pesar de los objetivos de liberalización comunitaria fijados por los Tratados y por los programas generales», con la consecuencia de un «enorme aumento de costes.../... En el contexto económico actual, la Comisión no puede permitirse el lujo de tales derroches ni de prescindir por más tiempo de las múltiples ventajas derivadas de una verdadera apertura de dicho sector a escala europea».

Desde esta perspectiva, las Directivas comunitarias afrontaron la ordenación, fundamentalmente, de los aspectos referidos a la preparación y a

la adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios; esto es, a la determinación de qué sujetos, jurídico públicos, tienen la consideración de poderes adjudicadores, a los efectos de la aplicación subjetiva de esta regulación; a la concreción de qué empresarios cuentan con capacidad para contratar con los poderes adjudicadores; a la fijación de los procedimientos que permiten la selección de los contratistas, y al establecimiento de los criterios de adjudicación de los contratos.

Toda la regulación descansa sobre un pequeño y compacto grupo de principios inspiradores, que dan cuerpo a la interpretación jurisprudencial recaída en la materia; de todos ellos destaca, sin lugar a dudas, el principio de no discriminación, que pretende evitar la ruptura de las reglas de igualdad entre licitadores, sea cual fuere el motivo de la misma (sea abierto o encubierto, por razón de la nacionalidad del empresario o por cualquier otra); de forma complementaria, presentan una importancia central los de publicidad y concurrencia: los poderes adjudicadores deben, como regla, suscitar la concurrencia entre empresarios, fomentando la participación de los mismos (a su servicio se encuentran, como es obvio, las reglas de publicidad) como instrumento, finalmente, para que el poder adjudicador pueda obtener las mejores prestaciones con el menor coste económico posible.

B) Estos principios tienen reflejo, realmente, en toda la regulación comunitaria sobre la materia, que, como es conocido, se preocupa esencialmente por posibilitar, en el marco de la competencia real y efectiva entre empresarios, que los poderes adjudicadores obtengan el bien, la prestación o el servicio en cuestión en las mejores condiciones. Desde esta perspectiva se comprende bien que en las Directivas se hayan concretado los criterios de adjudicación de los contratos, en una formulación tan clara, perfecta y acabada en sí misma que el Tribunal de Justicia ha podido reconocer que cuenta con efecto directo. Los dos criterios, únicos admisibles (*tertium non datur*), son el del precio más bajo y el de la oferta más ventajosa económicamente. En el primer caso, sólo el precio ofertado es determinante para la adjudicación del contrato (salvo en los casos en los que se incurra en una oferta anormalmente baja —baja temeraria— en los que, tras la obligada tarea de verificación, la oferta queda excluida); en el segundo, por el contrario, la adjudicación del contrato debe recaer «en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma», aunque resulte imprescindible destacar que los criterios que se contemplen deben ser «objetivos». El vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públi-

cas, en la misma línea de las Directivas, formula un catálogo enunciativo, no acabado ni tasado, de criterios materiales, necesariamente objetivos, que pueden emplearse para la adjudicación del contrato: «el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio posventa u otros semejantes» (art. 86.1). Existe, por tanto, una amplia gama de posibilidades en manos de los poderes adjudicadores para rellenar de contenido, en cada caso, el concepto de proposición más ventajosa en su conjunto. Se trata de una técnica de habilitación del Legislador a favor de las Administraciones Públicas difícilmente sustituible, en atención a la diversidad de las situaciones de hecho que se presentan en el mundo de la contratación pública, especialmente apegado a la realidad de las cosas y a la satisfacción de los intereses públicos que, en cada caso, se presenten; es impensable, por tanto, que el Legislador pretenda contemplar todas las posibilidades que puedan presentarse para resolver correctamente sobre la adjudicación de un contrato.

Si bien se mira, los criterios que se especifican en la normativa, de forma enunciativa —no tasada ni acabada—, que en cada caso permiten la adjudicación del contrato, tienen una clara e inmediata relación con el objeto del contrato: las características estéticas pueden ser relevantes en la ejecución de un contrato de obras, o la asistencia técnica o el servicio postventa en el contrato de suministro. Sobre lo que no se pronuncian de forma expresa las normas vigentes es respecto a la posibilidad —y en su caso los límites— de incluir, entre los criterios de adjudicación mediante concurso, extremos no relacionados directamente con el objeto del contrato. Cuestión que se ha suscitado, fundamentalmente, con respecto a las políticas regionales, sociales y de protección del medio ambiente.

En el fondo, lo que se ha suscitado es la existencia, con carácter general, de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo —o fomento— para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones —no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas— contempladas en normativas sectoriales. Está explícitamente declarado en los documentos preparatorios de las reformas de esta regulación impulsados por las instituciones comunitarias (y, sin demasiado esfuerzo argumentativo, es la justificación que late en algunas regulaciones sectoriales internas). Las tendencias reguladoras, por tanto, apuntan inequívocamente en esta dirección; circunstancia que merece una reflexión específica, para indagar acerca de la admisibilidad, y en tal caso de sus requisitos y límites, de esta suerte de exigencias.

Trataré de hacerlo reflejando el estado de la cuestión en la situación actual, atendiendo a la experiencia adquirida desde la perspectiva de las políticas regional, social y medioambiental, para concluir con una referencia a la regulación proyectada en la reforma de la normativa de contratos, actualmente en tramitación.

## II. CONTRATOS PÚBLICOS Y POLÍTICA REGIONAL Y SOCIAL

A) Como ya se ha indicado, tradicionalmente, y bien que con algún desfallecimiento en las interpretaciones, la finalidad específica de los procedimientos y requisitos establecidos en materia contractual atendía, de manera exclusiva, a la satisfacción del concreto interés público contemplado en el objeto del contrato en cuestión; importaba la correcta ejecución de la obra pública, la adecuada prestación del servicio, el pertinente suministro o, en definitiva, el adecuado cumplimiento del objeto del contrato. Sin más pretensiones dignas de una protección jurídico-pública. Lo que ahora se suscita, desde una perspectiva diferente, es una reflexión sobre la posibilidad —ya explicitada por algunos poderes adjudicadores— de emplear los contratos públicos como instrumento para contribuir a la realización de otras políticas públicas, y en particular de la política regional y social.

B) La cuestión está ya suscitada en la experiencia práctica; y contamos con algunas declaraciones de poderes públicos contradictorias con respecto a su admisibilidad. Puede plantearse el asunto atendiendo a las siguientes consideraciones y antecedentes, manejando de forma conjunta los suscitados con motivo de la política regional y social, que habitualmente han tenido un tratamiento unitario, aunque finalmente las consecuencias respecto a su admisibilidad han sido radicalmente diferentes. Convendrá recordar que en las Directivas comunitarias no existe ninguna previsión específica respecto a esta posibilidad, ni para admitirla ni para prohibirla; el debate sobre su admisibilidad resulta de la incorporación, en algunos procedimientos de contratación, de cláusulas vinculadas a la promoción de aquéllas políticas.

El primer supuesto relevante que fue enjuiciado por el Tribunal de Justicia se refería a la política social: en particular, se suscitó la posibilidad de valorar, como criterio para la adjudicación del contrato mediante concurso, que la empresa incorporase a su plantilla parados de larga duración. El Tribunal de Justicia, en la Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (*Gebroeders*

*Beentjes BV*) admitió genéricamente esta posibilidad, siempre que se respeten las reglas y principios comunes de la contratación pública: en particular, los principios de no discriminación y de publicidad. Porque «la exigencia de emplear trabajadores en paro prolongado podría, en concreto, infringir el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.../...en el caso de que se comprobara que sólo los licitadores nacionales pueden cumplir tal condición, o bien que su cumplimiento resulta mucho más difícil en el caso de los licitadores de otros Estados miembros. Corresponde al Juez nacional comprobar, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, si la exigencia de dicho requisito tiene o no incidencia discriminatoria directa o indirecta». Porque incluso si tales requisitos fuesen correctos en términos comunitarios, «deberán aplicarse respetando todas las normas de procedimiento de la Directiva, y especialmente las normas de publicidad que contiene», de particular importancia para garantizar el desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de la contratación pública: para ello, recordó el Tribunal que «los criterios y condiciones que rigen cada contrato deben ser objeto de una publicidad adecuada por parte de los poderes adjudicadores (Sentencia de 10 de febrero de 1982 —*Transporoute*—)». En el concreto supuesto de hecho, señaló que, como se trata de una condición particular adicional, debe mencionarse de forma específica en el anuncio o en el pliego, sin que sea suficiente con una remisión genérica a las determinaciones de la legislación nacional.

La misma doctrina se reitera, años después, en la Sentencia TJCE de 26 de septiembre de 2000 (construcción y mantenimiento de edificios escolares): la regulación comunitaria sobre los criterios de adjudicación atendiendo a la oferta más ventajosa en su conjunto, «no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios»; además, la aplicación de tal criterio «debe respetar todas las normas de procedimiento de dicha Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene», de tal forma que «un criterio de adjudicación relacionado con la lucha con el desempleo ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición», sin que resulte admisible una remisión global a lo establecido en alguna norma jurídica nacional.

Puede hacerse notar que, en el ámbito español, este planteamiento ha sido acogido por el Consejo de Estado, respaldando la iniciativa adoptada,

de forma más decidida, por la Comunidad de Madrid. En el Dictamen de 19 de noviembre de 1998 (referido al proyecto de Decreto por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo) indicó que «la lectura de este artículo (el artículo 87 de la Ley 13/1995) hace ver que los criterios que pueden sentarse en los concursos para la adjudicación del contrato son variables y acomodables a cada caso, y además no prohíben que una Comunidad Autónoma que —como la de Madrid— haya asumido competencias de desarrollo legislativo en materia de contratos, haga uso, dentro del marco de la legislación básica, de su facultad normativa, como ahora lo hace, sin contravenir las bases de la regulación para todo el Estado, para establecer criterios objetivos de adjudicación de los contratos públicos, como los indicados en el presente proyecto de Decreto. Criterios éstos que, por lo demás, no dejan de ser objetivos ni de estar referidos a la oferta más ventajosa para los intereses públicos, porque una de las posibles manifestaciones de seriedad y fiabilidad de una empresa puede ser precisamente la estabilidad y calidad de los contratos que ofrece a sus empleados, pudiendo ser un criterio objetivo para la adjudicación.../... para seleccionar al contratista que corresponda, precisamente para proteger los intereses públicos presentes en la oferta más ventajosa, dado que la calidad del empleo ofrecido por una empresa, y la cualificación de sus recursos humanos, es uno de los factores objetivos que puede influir en la selección del contratista más adecuado». En la misma línea se pronunció en el Dictamen de 22 de diciembre de 1.998: «Entiende el Consejo Económico y Social que en el artículo 87, relativo a los criterios para la adjudicación del concurso, sería preciso incluir una «cláusula social» que permita valorar factores tales como el número de puestos de trabajo en la actividad contratada, la adopción de medidas de seguridad en el trabajo o de protección del medio ambiente o la acreditación de estabilidad en el empleo. En opinión de este Consejo, no parece que exista inconveniente alguno en establecer nuevos criterios objetivos de adjudicación que permitan tener en cuenta otros factores tales como la estabilidad en el empleo, el carácter indefinido de los contratos laborales, o la protección del medio ambiente».

El Legislador español ha contemplado, también, aunque de forma muy limitada, esta política de fomento de intereses sociales; en la propia legislación de contratos públicos (desde la Ley 13/1995) ha contemplado la posibilidad de manejar la circunstancia de que la empresa emplee en su plantilla al menos a un 2 por 100 de personal minusválido, como criterio de preferencia en la adjudicación si la oferta de la empresa en cuestión se encuentra en igualdad de condiciones que otras («los órganos de contrata-

ción podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación»: Disposición Adicional Octava, apartado 1, del vigente Texto Refundido); en el Texto Refundido se ha añadido (apartado 2 de la misma Disposición) que «en la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial...»). El criterio de la preferencia en la adjudicación del contrato, por razones sociales, es también conocido en el Derecho francés; sirva como ejemplo una de las previsiones contenidas en el vigente *Code des Marchés Publics* (en la redacción establecida tras la reforma operada por Decreto 2001-210, de 7 de marzo de 2001), según la cual «durante la adjudicación de un contrato, se asignará un derecho de preferencia, a igualdad de precio o a equivalencia de ofertas, a la oferta presentada por una sociedad cooperativa obrera de producción, por una agrupación de productores agrícolas, por un artesano, una sociedad cooperativa de artesanos o por una sociedad cooperativa de artistas» (art. 54.I).

C) En la Comunicación de 22 de septiembre de 1989 (*DOCE* n.º C 311, de 12 de diciembre) sobre los aspectos regionales y sociales de la contratación pública, la Comisión constató que, en atención a la elevada cifra económica afectada por los contratos públicos, su gestión «constituye un poderoso instrumento de política económica. La adjudicación de contratos públicos puede influir de forma muy importante, por no decir determinante, en la fortaleza económica y el desarrollo de determinadas empresas, sectores o regiones». El problema al que atienden sus consideraciones se formula también con claridad: «puede ocurrir que las empresas regionales o pequeñas no puedan acceder a las posibilidades de especialización, al capital y a los conocimientos técnicos de que disfrutaban las zonas centrales de mayor desarrollo económico. Los salarios más bajos que suelen pagarse en las zonas periféricas no siempre se corresponden a una mayor productividad, y a una mejor infraestructura al servicio de la industria y a un enfoque más complejo de la comercialización y el desarrollo de produc-

tos. La consecución del mercado interior supone un reto para las empresas regionales, que deberán alcanzar un nivel de desarrollo europeo en un momento en que los niveles europeos de calidad y eficacia en las empresas están experimentando una rápida evolución. Si las empresas regionales no tienen en cuenta su vulnerabilidad, se arriesgan a enfrentarse a una competencia para la que se encuentran mal preparadas desde el punto de vista organizativo, financiero y técnico. Ello también supone un peligro para el proceso de realización del mercado interior, ya que podría dar lugar a actitudes defensivas y de recelo».

Planteado el asunto, formuló una descripción del «régimen de preferencia en la contratación pública»; recordó que «algunos Estados miembros aplican un régimen de preferencia en la contratación pública en favor de las regiones menos privilegiadas con objeto de modificar la distribución espacial de las actividades económicas», que «vienen a añadirse al inventario de instrumentos tradicionales para el desarrollo regional y suelen tener por objeto compensar las desigualdades que afectan a las empresas debidas a su ubicación en regiones periféricas y menos favorecidas». Estos «régimenes de preferencia en la contratación pública se traducen en medidas discriminatorias en favor de proveedores o contratistas de regiones pobres a los que se les reservan mercados o se les aplican condiciones de precios u otro tipo más favorables». En general, «cabe afirmar que se ha tendido a utilizar las preferencias en el ámbito de la contratación pública con fines de desarrollo regional a largo plazo, mientras que, por lo que se refiere a la contratación de obras públicas, se ha concedido mayor importancia a la utilización de contratos de obra para resolver de forma inmediata problemas de empleo». Sucede, no obstante, que la aprobación de las Directivas sobre contratos de obras y de suministros «dio lugar a la supresión de buen número de dichos régimenes y prácticas», aunque se mantienen en la República Federal de Alemania, Grecia, Italia y en el Reino Unido. Lo que se plantea en la Comunicación, por tanto, en relación con estos régimenes, es «su eficacia como instrumentos de política regional, su compatibilidad con los objetivos económicos de la política comunitaria sobre contratación pública y, sobre todo, su compatibilidad con el Derecho Comunitario y las obligaciones internacionales de la Comunidad».

En el plano de la eficacia de estos régimenes como instrumentos de política regional, las conclusiones a las que se llegó no fueron especialmente favorables; se indica, por ejemplo, que «ni el caso del Reino Unido ni el de Alemania aportan pruebas significativas de que los régimenes de preferencia hayan contribuido de forma manifiesta al desarrollo de las regiones afectadas. Al mismo tiempo, tampoco existen pruebas de que

dichos regímenes den lugar a distorsiones significativas del comercio dentro de tales países o entre ellos y otros Estados miembros»; tampoco se constata en el caso griego, en el que se pretendió evitar las grandes concentraciones en el área de Gran Atenas, sin conseguirlo; ni tampoco en el de Italia. En general, y aunque la cita sea larga, se indica en aquel texto que «históricamente cabe afirmar que el régimen de preferencia puede haber contribuido a lograr un funcionamiento más equilibrado de la economía, ayudando a limitar la intensificación de las disparidades regionales mediante la salvaguardia de ciertos mercados. En algunos casos, ha desempeñado una función más que positiva al ofrecer la seguridad económica mínima precisa para el desarrollo de sectores técnicamente más innovadores. Tampoco hay pruebas concluyentes de que, en términos generales, los regímenes vigentes hayan producido los efectos deseados de desarrollo económico a largo plazo. La falta de cualquier tipo de pruebas sobre los efectos de estos regímenes se debe, sin duda en gran parte, a la dificultad de analizar los efectos de estos instrumentos cuando existen otros muchos factores que influyen en el desarrollo económico a largo plazo de las regiones afectadas. En el caso de los regímenes alemán y británico, parece ser que sus efectos generales han sido muy limitados; la falta de datos suficientes sobre el régimen griego dificulta enormemente su análisis. Por otro lado, los regímenes italianos son notablemente distintos tanto en su mecanismo como en su magnitud: no hay duda de que algunos contratos se han desviado a las empresas de las regiones beneficiarias hasta el punto de que las distorsiones resultantes están causando problemas al producir efectos restrictivos sobre las importaciones procedentes de otros Estados miembros y con respecto a las ventas y el crecimiento de empresas situadas en otras regiones del país».

En atención a estas consideraciones, y en particular a los resultados de la situación italiana (respecto a la cual se destaca la existencia de cuestiones prejudiciales pendientes de resolución ante el TJCE) se maneja la posibilidad de emplear condiciones contractuales no discriminatorias, como medio de favorecer el pleno aprovechamiento de los recursos económicos disponibles. Se aludía, en particular, a la inclusión en las convocatorias de un requisito como el de que las empresas incluyesen en su plantilla un determinado número de parados de larga duración (que es uno de los extremos que se suscitaron en la Sentencia *Gebroeders Beentjes BV/Países Bajos*) u otros semejantes, como el paro juvenil, la formación profesional, la sanidad y la seguridad laborales, las relaciones laborales y la supresión de la discriminación por motivos de raza y religión o de sexo. En esta Comunicación se afirma que, como las directivas ni prohíben ni autorizan estas cuestiones, cada Estado miembro o poder adjudicador

«estarían en libertad, con arreglo al Derecho comunitario, para centrarse en esos objetivos, siempre que respetaran las disposiciones de las Directivas y los límites del Tratado».

Sentada esta afirmación, recordó que existen límites a la aplicación de condiciones contractuales de esta naturaleza, aludiendo a la Sentencia citada; en particular, considera que si se contemplan como requisitos para adjudicar el contrato, podrían existir objeciones desde la perspectiva de las Directivas, que sólo contemplan dos criterios para la adjudicación: «todos los «diversos criterios» ofrecidos a modo de ejemplo en dicho texto legal se refieren a cuestiones que afectan al beneficio económico de la entidad contratante en el contexto del contenido de los contratos de obras públicas concretos. La capacidad del concursante de emplear trabajadores largo tiempo en situación de desempleo no suele repercutir en el beneficio económico que puede obtener del contrato la entidad licitadora. Los beneficios económicos que puedan obtenerse, por ejemplo, mediante la reducción del pago de prestaciones sociales o el aumento del poder adquisitivo de los trabajadores empleados, son indirectos y más bien ajenos al contenido del propio contrato. A menos que se pudiera demostrar que existen circunstancias concretas en las que la contratación de trabajadores de largo tiempo desempleados pudiera aumentar los beneficios económicos que pudiera obtener del contrato la entidad contratante, este criterio no resultaría compatible con la Directiva; lo mismo cabe afirmar de otros criterios carentes de relación con el objeto de los contratos concretos». Además de ello, recordó que estas condiciones no pueden infringir otros principios del Derecho comunitario («especialmente el derecho de establecimiento, la libertad de prestación de servicios y la no discriminación por motivos de nacionalidad; en la práctica, debe efectuarse un análisis individualizado») y que «sólo pueden aceptarse las condiciones que persigan el cumplimiento de determinados objetivos en el territorio del Estado del organismo contratante».

Efectuada esta descripción, se afronta ya directamente el problema y la finalidad perseguida. Por lo que se refiere al problema, el planteamiento es el siguiente: «la apertura del mercado de la contratación pública plantea un reto muy concreto a las empresas de las regiones menos favorecidas, que padecen una dependencia crónica de las preferencias regionales u otras formas de protección, una relativa falta de economías de escala, debido a las menores dimensiones de las empresas regionales, y una menor adaptabilidad y movilidad de la mano de obra, el capital y los conocimientos técnicos. En concreto, las empresas regionales tendrán que adaptarse a los elevados estándares técnicos del gran mercado y dejar de depender de las relaciones

tradicionales con compradores establecidos, normalmente de su misma localidad, ante la necesidad de lograr una capacidad de comercialización adecuada ante las exigencias de un mercado más amplio y competitivo». Por ello, deben establecerse medidas de fomento, vinculadas a los aspectos tradicionalmente más vulnerables (planificación y organización, comercialización, acceso a la información sobre el mercado de contratos públicos, acceso a medios de apoyo técnicos y de capital y mejora de la capacidad directiva y de la mano de obra, sobre las que enumera algunos ejemplos); en el bien entendido de que «este tipo de medidas deberían elaborarse y aplicarse de una forma coherente con el objetivo final de permitir a las empresas regionales pujar en condiciones de igualdad por los contratos de sus propias regiones y también en el mercado de la contratación pública comunitaria. No se trata, pues, de proteger los mercados regionales, por lo que la Comisión tendría que imponer condiciones específicas para garantizar que los contactos establecidos entre los organismos contratantes y los proveedores no falsearan los mercados. Por ejemplo, tal vez fuera necesario garantizar una estricta separación entre la función de contratación pública y la de prestación de ayuda técnica o financiera que, si fuera necesario, podrían correr a cargo de entidades independientes».

En fin, en este documento se analizan los «aspectos sociales y regionales de la política de contratación pública», señalando que «cabría adoptar medidas en favor de grupos o regiones concretos para estimularles directamente a aprovechar sus posibilidades en el mercado único de la contratación pública», aunque se tiene bien presente la dificultad de reservar contratos a determinadas empresas: «los mínimos establecidos en las directivas tienen por objeto determinar el nivel en el que existen perspectivas reales de comercio transnacional. Siguiendo esta línea de argumentación, en determinados casos cabrá demostrar que algunas preferencias vigentes no son económicamente significativas en tales circunstancias; pero ello sólo será posible cuando los regímenes sean transparentes en sí mismos, lo que no puede afirmarse de los regímenes de contratación que se limitan a reservar los contratos públicos a empresas nacionales». Pero, en todo caso, la Comisión insiste en la necesidad de adoptar «medidas para aprovechar plenamente el mercado único de la contratación pública», incluyendo una «mayor participación regional»; entre las perspectivas que, como conclusión, destaca, resultan de interés las que se refieren a «continuar orientando a los Estados miembros sobre la utilización de cláusulas contractuales no discriminatorias para conseguir objetivos sociales a la luz de la evolución de la práctica de los organismos contratantes» y «análisis, a la luz de los estudios sobre la repercusión de la contratación pública y de otros relativos al mercado interior y las medidas propuestas por los Esta-

dos miembros en los planes y programas de prioridades incluidas en las directrices comunitarias, de la conveniencia de adoptar medidas complementarias para las regiones que cumplan los requisitos para acogerse a los fondos estructurales y que padezcan los problemas derivados de los efectos de la apertura de la contratación pública y de la plena realización del mercado interior».

D) La posibilidad de utilizar los contratos públicos como instrumento de la política regional, tendente a evitar, paliar o compensar las desigualdades regionales, ha sido verificada ya, y enjuiciada por el Tribunal comunitario. El asunto, sucintamente expuesto, consiste en la aprobación, en Italia, de una reglamentación que reserva a las empresas implantadas en la zona del Mezzogiorno un porcentaje de los contratos públicos de suministro que se convoquen. Tiene su origen en un litigio que enfrentó a «Du Pont de Nemours Italiana SpA» con la Unità Sanitaria Locale n.º 2 de Carrara, con motivo de las condiciones de adjudicación de un contrato de suministro de películas y líquidos de radiología. Porque, en virtud de una Ley de 1 de marzo de 1986 (sobre disciplina orgánica de la intervención extraordinaria en el Mezzogiorno), el Estado italiano decidió que todos los organismos y administraciones públicas, así como los organismos y sociedades participados por el Estado (comprendidas todas las Unidades Sanitarias Locales) debían obtener los suministros, en una proporción mínima del treinta por ciento, de las empresas industriales, agrícolas y artesanales situadas en el Mezzogiorno. En consecuencia, la Unidad Sanitaria Local n.º 2, al convocar el proceso de selección indicado, reservó un 30% de los suministros en cuestión a tales empresas, decisión que impugna Du Pont de Nemours italiana SpA.

El Tribunal, en la Sentencia de 20 de marzo de 1990 (*Du Pont de Nemours Italiana SpA/Unità Sanitaria Locale número 2 de Carrara*) resolvió la cuestión prejudicial suscitada por el Tribunal Administrativo Regional de Toscana, en la que se formulaban tres preguntas.

La primera se refería a si la reglamentación italiana indicada vulneraba el artículo 30 del Tratado, que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación y toda medida de efecto equivalente. El Tribunal declaró que, efectivamente, el artículo 30 del Tratado se opone a una reglamentación semejante a la enjuiciada, que reserva a las empresas implantadas en ciertas zonas del territorio nacional un porcentaje de los contratos públicos de suministro. Fundamentalmente, porque «los productos originarios de otros Estados miembros son discriminados por relación a los productos fabricados en el Estado miembro en cuestión», lo que obstaculiza el régimen normal de los intercambios intracomunitarios. No constituye obstáculo a esta

conclusión la circunstancia, invocada en el proceso, de que este régimen preferencial afecta por igual a las demás zonas del territorio italiano, y no sólo a los demás Estados miembros. Como indicó el Tribunal, si bien es cierto que todos los productos del Estado italiano no gozan de privilegio frente a los de los demás Estados miembros, también lo es «que todos los productos que se benefician del régimen preferencial son productos nacionales», de donde se sigue que se vulnera el artículo 30 aunque el efecto restrictivo beneficie sólo a una parte de los productos nacionales.

La segunda cuestión suscitada se refería a la determinación de si la reglamentación italiana podía considerarse como constitutiva de una ayuda estatal, en el sentido del artículo 92 del Tratado, y si en tal caso se marginaría la prohibición contenida en el artículo 30 del mismo texto.

Para el Tribunal, el asunto es claro: el artículo 92 del Tratado no puede servir, en ningún caso, para hacer fracasar las reglas del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías (Sentencia de 5 de junio de 1986 —Comisión/Italia—). Por ello, y obviando la determinación de si la medida enjuiciada tiene o no carácter de ayuda, respondió a la cuestión suscitada en términos generales: «la eventual calificación de una reglamentación nacional como ayuda, en el sentido del artículo 92 del Tratado, no podría excepcionarla de la prohibición del artículo 30 del Tratado».

La tercera cuestión atendía a la posición del Juez nacional en el asunto; en particular, para determinar si sólo la Comisión podría enjuiciar la compatibilidad de las ayudas con las normas comunitarias, o si esta función también corresponde al Juez nacional, cuando verifique la existencia de un conflicto entre la ley nacional y las normas del sistema jurídico comunitario. El Tribunal declaró sin objeto la pregunta, en atención a lo que resultaba de sus razonamientos anteriores: en la situación descrita, «corresponde al Juez nacional garantizar la plena aplicación del artículo 30 del Tratado».

Poco tiempo después de hacerse conocido la Sentencia, el Parlamento aprobó una Resolución, de fecha 17 de mayo de 1990 (*DOCE* n.º C 149, de 18 de junio), sobre la necesidad de reconocer a las empresas establecidas en las zonas menos favorecidas y en declive una preferencia en la adjudicación de las contrataciones públicas. El Parlamento formalizó, por tanto, una reacción institucional frente al Tribunal de Justicia, con un planteamiento tan claro como drástico: «considerando que, con dicha sentencia, por justa que sea, se reducen las posibilidades de crecimiento de las empresas situadas en zonas menos favorecidas»; que «la sentencia, si bien se refiere a una situación específica nacional, indica una tendencia general a reducir toda

la política de cohesión regional a la sola concesión de ayudas que tengan una evidente connotación asistencial», cuando «la política de cohesión ha conducido a un fracaso tanto en las regiones menos favorecidas como en aquellas en declive». Añadió dos referencias añadidas: por una parte, «que las empresas de las regiones menos favorecidas y en declive, a falta de sistemas que compensen la posición de desventaja de éstas, están destinadas a sucumbir en la competencia económica que anuncia el gran mercado interior»; por otra, que «ello facilitaría los procesos de concentración y de adquisición por parte de las grandes empresas europeas, lo que favorecería la formación de posiciones dominantes y anularía las ventajas obtenidas tanto en el ámbito de la esfera pública como en lo que atañe a los consumidores».

En consecuencia, solicitó que se aprobase, en un breve plazo, «un sistema de incentivos fiscales, de infraestructuras, de créditos y de servicios para la difusión y la potenciación de las empresas ubicadas en las regiones menos favorecidas y para el apoyo de su renovación tecnológica y de organización»; y, en lo que nos interesa, «considera que, asumiendo la experiencia obtenida en la República Federal de Alemania, es posible introducir un sistema de «preferencia de precios» que permita a las empresas en las zonas más débiles disfrutar de una ventaja razonable que reduzca la posición de superioridad, a veces también financiera, de que se benefician las empresas que operan en contextos socioeconómicos bien equipados en el plano infraestructural, tecnológico, profesional y de los servicios».

E) Puede constatarse la existencia de un decidido impulso para el reconocimiento de la integración de las políticas sociales en el ámbito de la contratación pública, y una correlativa falta de atención o interés por incluir, en este entorno, referencia alguna a la política regional.

La Comisión Europea ha mostrado su voluntad de incorporar en la regulación sobre los contratos públicos la posibilidad de integrar aspectos sociales. Está declarado de forma explícita al menos en dos importantes documentos.

En primer lugar, en el Libro Verde sobre «La Contratación Pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro» (presentado por la Comisión el 27 de noviembre de 1.996); en él «se propone sentar las bases de un amplio debate» que sirva para «llegar al aprovechamiento pleno de nuestra política de contratación pública». Entre otros extremos, se formulan reflexiones sobre «la manera de conjugar la correcta aplicación del Derecho de contratación pública con el resto de las políticas comunitarias», que

parten de una tajante afirmación: «la política de contratos públicos incide positivamente sobre el resto de las políticas comunitarias».

Entre ellas, se refiere explícitamente a las Pequeñas y Medianas Empresas (PYME), reclamando una participación más amplia en la contratación pública, dada su importancia en la economía europea (estas empresas —indica— facturan más del 65% del volumen de negocios generado por el sector privado en la Unión); entre otros aspectos que propone el documento, destacan los referentes a la subcontratación y a los plazos de pago; «más en general, la Comisión considera que las PYME podrían acceder efectivamente a los contratos públicos gracias a una serie de medidas concretas, basadas en un análisis en profundidad de las necesidades y posibilidades prácticas de estas empresas, y sobre todo gracias al desarrollo de redes de servicios que apoyen su actividad ofreciendo la información necesaria, asistencia técnica, y la formación adecuada».

Atiende, también, a los aspectos sociales. Indica, en este sentido, que «los poderes y entidades adjudicadoras pueden verse obligados a aplicar los diferentes aspectos de la política social en el momento de adjudicación de sus contratos, ya que las adquisiciones públicas pueden constituir un importante medio de orientar la actuación de los operadores económicos». La política social incluye, como fácilmente se comprende, un amplio elenco de finalidades: velar por un elevado nivel de empleo y de protección social, la libre circulación de trabajadores, la igualdad de oportunidades ente hombres y mujeres, el refuerzo de la cohesión económica y social, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, un nivel elevado de protección de la salud, el fomento de una educación y una formación de calidad y la inserción social de personas con minusvalías y otras categorías desfavorecidas.

Recordando que, «desde el momento de la entrada en vigor de las directivas de contratos públicos, se ha planteado constantemente la viabilidad y conveniencia de perseguir estos objetivos sociales, teniendo en cuenta las limitaciones específicas que imponen las directivas para evitar que peligre su motivación esencial», se suscita la cuestión de admitir esta posibilidad. Para los autores del Libro Verde, la misma es plenamente viable, aunque reconociendo la dificultad de identificar finalidades o instrumentos que resulten útiles. Sí identifica dos posibilidades al efecto: una, que deriva de la causa de incapacidad para contratar consistente en haber sido condenado por delitos relativos a la moralidad profesional, porque «esto también es válido cuando el delito o la falta grave se derivan de la violación de una legislación encaminada a fomentar objetivos sociales». La otra «consiste en imponer como condición de ejecución de los contratos públicos adju-

dicados el respeto de obligaciones de carácter social, encaminadas por ejemplo a fomentar el empleo de las mujeres o a favorecer la protección de determinadas categorías desfavorecidas» (aunque destaca, en todo caso, que «sólo se autorizan condiciones que no tengan efectos discriminatorios, directos o indirectos, con respecto a licitadores procedentes de otros Estados miembros», y que, además, «debe asegurarse una transparencia adecuada mediante la mención de estas condiciones en los anuncios de licitación o en los pliegos de condiciones»).

En segundo lugar, la Comisión insistió en su planteamiento en la Comunicación de 15 de octubre de 2001, sobre la posibilidad de integrar los aspectos sociales en la contratación pública, que completa la Comunicación de 11 de marzo de 1998, sobre los contratos públicos en la Unión Europea. En ella se analizan las diversas posibilidades existentes para instrumentar esta posibilidad; se detiene, en especial, en tres ámbitos: a) en el de las especificaciones técnicas, a efectos de indagar si resulta admisible prever en las características de los productos, bienes o servicios exigidos la de proceder de una determinada zona, o de una empresa que cumpla unas características sociales predeterminadas; el resultado, a la vistas de las exigencias y limitaciones que ha establecido en punto a las especificaciones técnicas la jurisprudencia del TJCE, desde luego para evitar la producción de discriminaciones, no es precisamente favorable a su admisibilidad; b) desde la perspectiva de la selección de contratistas, sugiriendo la pertinencia de incluir, como un elemento para valorar la solvencia económica, financiera y técnica, la capacidad del empresario para contratar parados de larga duración, así como para sugerir la posibilidad de perfilar con mayor rigor la causa de exclusión, por falta de capacidad, consistente en el incumplimiento, por el candidato, de la legislación social (ámbito éste en el que la Comunicación se detiene en dos aspectos: por un lado, la exclusión por no estar al corriente en el pago de los tributos y de las cuotas correspondientes de Seguridad Social; por otro, en la causa de incapacidad consistente en que el empresario haya sido condenado por delitos que afecten a la moralidad profesional, respecto a la cual sugiere como ejemplos el de haber vulnerado el principio de igualdad de trato o las reglas sobre salud y seguridad de los trabajadores); c) finalmente, reflexiona sobre los criterios de adjudicación del contrato, y en especial en el concurso, constatando, por una parte, que éste se rige en todo caso por el principio de no discriminación y porque su resultado ha de atribuir una ventaja económica para el poder adjudicador; y, por otra, que no se encuentra previsto en las Directivas, al menos de forma expresa, la incorporación de condiciones sociales entre los elementos que rellenan de contenido la oferta más ventajosa en su conjunto. No obstante, señala la con-

veniencia de contemplar dicha posibilidad, aunque subrayando que en ningún caso cabría —como ya sabemos— ni el establecimiento de reservas de contratos a favor de determinadas personas, ni el establecimiento de un régimen de preferencia de precios.

Por lo que se refiere a la integración de la política regional en el ámbito de la contratación pública, tras las primeras declaraciones generales a las que ya he aludido, y sin lugar a dudas como consecuencia de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia, el interés comunitario parece haber pasado a un lejano plano; ya no aparecen referencias a tal posibilidad en los documentos oficiales, y tampoco en el proyecto de Directiva que se está tramitando, al que me refiero más adelante. Parece claro que en ello ha influido, decididamente, el modelo empleado y enjuiciado por el Tribunal de Justicia, y la aparente ausencia de instrumentos alternativos (a la reserva de contratos) que permitan satisfacer tales finalidades dentro del respeto a las reglas contractuales. El Tribunal de Justicia declaró, como ya se ha indicado, inadmisibles la reserva de un número de contratos en favor de empresarios radicados en zonas desfavorecidas, porque rompe la regla de la libre concurrencia; el Tribunal Supremo español, aunque empleando otros argumentos de diversa naturaleza para resolver el asunto que se le planteó, ha venido a coincidir en el mismo resultado, en un supuesto en el que, en definitiva, el Ayuntamiento de Almonte vino a sostener que, conforme a lo establecido en la Ley 91/1978, de 28 de diciembre, de régimen jurídico del Parque Nacional de Doñana, «la Administración está obligada a tomar medidas orientadas al mantenimiento y promoción del empleo en la zona, por lo que si el Ayuntamiento observa que hay empresas radicadas en la localidad que están cesando en su actividad por causa de la protección del Parque de Doñana, resulta plenamente justificado y razonable que se favorezca la adjudicación de los lotes en favor de dichas empresas, pues ese objetivo de fomento del empleo difícilmente se lograría si se adjudican los kioscos o chiringuitos a empresas de otras localidades»; el Tribunal, en la Sentencia de 15 de enero de 2002, desestimó el recurso, señalando, en lo que ahora nos interesa, «existe una reiterada línea jurisprudencial que ha calificado como contrarias a dicho artículo (se refiere al 14 CE) las cláusulas introducidas en los procedimientos administrativos de concurrencia competitiva mediante las que se trataba de favorecer a determinadas personas por su condición de residentes en una concreta localidad. Así, las sentencias de 25 de enero y 8 de julio de 1988 y 4 de julio de 1993 coinciden en calificar como contrarias al artículo 14 de la Constitución unas convocatorias de ingreso en la función pública en las que se primaba la condición de vecino de los Ayuntamientos convocantes, y la reciente sentencia de 12 de enero de 2001 declara igualmente contrario al

principio de igualdad la puntuación asignada —en un procedimiento de selección de contratistas— a la circunstancia de estar radicada la empresa licitante en el ámbito geográfico próximo o en el ámbito de la Comunidad Autónoma. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que entre los principios inspiradores de la contratación administrativa se encuentran en lugar destacado los de concurrencia e igualdad de oportunidades, que se verían gravemente infringidos si cada municipio pudiera establecer cláusulas como la aquí discutida».

### **III. CONTRATOS PÚBLICOS Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE**

A) La creciente preocupación comunitaria por la protección medioambiental ha tenido también reflejo en los nuevos planteamientos sobre la regulación de la contratación pública, por considerarse, con buen criterio, que este ámbito es particularmente útil para contribuir al éxito de aquella política. Bien es cierto que la determinación del alcance y las condiciones en las que se puede imbricar no ha resultado pacífica en la experiencia comunitaria. Seguidamente trato de reflejar, de forma sumaria, los estadios más relevantes de la evolución producida hasta la fecha.

B) El Libro Verde de 1996 formuló algunas consideraciones con respecto al medio ambiente, que partían de la previsión contenida en el artículo 130R del Tratado CE, según la cual las exigencias de protección del medio ambiente deben ser integradas en la definición y aplicación de las demás políticas de la Comunidad. Por ello, sostiene que «la aplicación de las directivas de contratación pública deja a las autoridades públicas un margen de maniobra para fomentar la defensa del medio ambiente», aunque considere, también, oportuno que se especifiquen o aclaren las posibilidades en el Derecho vigente para tener en cuenta las preocupaciones medioambientales, así como los límites. En este contexto, señala que la causa de incapacidad para contratar consistente en la existencia de un delito contra la moralidad profesional constituye un aspecto relevante para proteger el medio ambiente; añade que la protección medioambiental «puede integrarse en las prescripciones técnicas relativas a las características de las obras, suministros o servicios objeto de los contratos», apelando a la conveniencia de «desarrollar normas europeas o especificaciones técnicas comunes encaminadas a incorporar y revalorizar los aspectos medioambientales, y a evitar simultáneamente los perjuicios que para el mercado interior puede significar el establecimiento de criterios demasiado diferenciados» (poniendo como ejemplo una eco-etiqueta comunitaria);

considera, por otra parte, que las normas comunitarias de contratación «permiten, en determinadas condiciones, integrar el objetivo de protección del medio ambiente en los criterios de selección de candidatos»; también considera posible valorar elementos medioambientales al determinar cuál es la oferta más ventajosa económicamente, «pero sólo en el caso de que la referencia a estos elementos permita medir una ventaja económica, propia de la prestación objeto del contrato, en beneficio directo del poder o entidad adjudicadores»; en fin, considera oportuno que el poder adjudicador pida al adjudicatario que la prestación del contrato se lleve a cabo respetando determinadas condiciones de protección del medio ambiente, aunque respetando siempre el principio de no discriminación y el de publicidad.

Ulteriormente la Comisión formuló la Comunicación de 4 de julio de 2001 sobre las posibilidades existentes, en el Derecho vigente, para utilizar criterios medioambientales en la contratación pública. Sus reflexiones, que tienen una estructura muy semejante a la de la Comunicación de 15 de octubre de 2001, ya analizada, parten de dos constataciones: por una parte, que en las Directivas sobre contratos no existen referencias explícitas a la protección medioambiental (indicando, como justificación, que tal circunstancia derivaría de la época en que fueron adoptadas); por otra, que los poderes públicos no tienen muy claro en qué medida son compatibles los principios medioambientales con la contratación pública. Las posibilidades que maneja para construir y explicar las posibilidades de integración de la política medioambiental en el ámbito de los contratos públicos se reconducen a tres: a) el ámbito de las especificaciones técnicas; en la Comunicación viene a indicarse que, como éstas constituyen las características para que el producto en cuestión sirva a un fin determinado, cabe, bien que con ciertas limitaciones, incorporar en este ámbito exigencias de protección ambiental (por ejemplo, la prohibición de emplear determinadas sustancias contaminantes, o la imposición de ciertas obligaciones de rendimiento medioambiental), siempre, en definitiva, que las mismas no resulten discriminatorias; cabría también la exigencia de determinados materiales básicos o materias primas, o la utilización de concretos procedimientos de producción, o incluso la remisión al empleo de etiquetas ecológicas en los productos a emplear. b) el ámbito de la selección de contratistas, incidiéndose fundamentalmente en las reglas de capacidad para contratar; se viene a indicar, en primer lugar, que en la causa de incapacidad consistente en que el empresario haya sido condenado por sentencia firme por la comisión de cualquier delito que afecte a la moralidad profesional, o haya sido sancionado por cometer una falta grave en materia profesional, cabría de forma específica la comisión de infracciones o delitos

en materia de medio ambiente (tanto es así que la Comunicación sostiene que en España se relaciona el incumplimiento de la legislación medioambiental con las infracciones relativas a la moralidad profesional, empleando como ejemplo de ello el artículo 325 del Código Penal); y en segundo lugar, se señala que podría preverse, entre los criterios de determinación de la solvencia técnica, algún extremo relacionado con el medio ambiente (así, en la declaración del utillaje, material y equipo técnico, o contemplar la exigencia de determinada experiencia en temas medio ambientales); c) en punto a la adjudicación de los contratos, la Comunicación se detiene en el criterio de la oferta más ventajosa en su conjunto: tras señalar, como ya nos es conocido, que en las Directivas no se contempla de forma expresa la posibilidad de manejar criterios medioambientales en la adjudicación, y de subrayar la conveniencia de su utilización, recoge el problema central en torno al cual ha venido girando esta cuestión durante los últimos años, consistente en que, según una interpretación generalizada, sólo resultaría valorable un criterio medioambiental si implicase una ventaja económica para la entidad contratante que pueda atribuirse al objeto del contrato. Extremo éste que no es fácil, como bien se comprende, cumplimentar con carácter general cuando se piensa en la posibilidad de integrar criterios de protección medioambiental en los elementos a valorar para adjudicar un contrato, y cuya exigencia ciertamente desactiva en gran medida la utilidad y eficacia de la posibilidad que nos ocupa. En cualquier caso, en la Comunicación se insiste en la pertinencia de su empleo, como criterios adicionales, que es un concepto acuñado por el Tribunal de Justicia a raíz de la Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (*Gebroeders Beentjes*), y que obligan a respetar los principios de publicidad y no discriminación, imprescindibles en la contratación pública.

En el caso español, contamos con algunas —bien que escasas— referencias en el Derecho positivo, que vienen a ilustrar sobre algunas posibilidades mediante las que instrumentar la política medioambiental en la contratación pública. Por un lado, el artículo 24.3 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, contempla expresamente entre los criterios que pueden manejarse en el concurso, para la adjudicación del contrato, la «calidad ambiental»; la referencia es de interés, porque, aunque la misma no está expresamente prevista en la Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, constata el carácter enunciativo de los criterios que pueden emplearse en el concurso, y el interés del legislador por atender a aspectos medioambientales. Por

otro lado, la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases, ha especificado, en su Disposición Adicional 3.º (al regular lo que denomina «fomento de los objetivos prioritarios en la contratación pública») que las Administraciones Públicas «promoverán el uso de materiales reutilizables y reciclables en la contratación de obras públicas y suministros», de tal forma que este comportamiento debe tener consecuencias beneficiosas en el marco de la contratación pública.

C) El asunto ha sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 17 de septiembre de 2002 (*autobuses urbanos de Helsinki*); en ella, afrontó, derechamente, la cuestión de determinar si es admisible el empleo de criterios de protección medioambiental en la adjudicación de contratos públicos. En el supuesto de hecho suscitado, referido a la adjudicación de un contrato para la gestión de la red de autobuses urbanos de Helsinki, se especificó en la convocatoria que la empresa adjudicataria sería la que hiciera la oferta más ventajosa en su conjunto, a cuyo efecto se tendrían en cuenta tres criterios: el precio global, la calidad de los vehículos (autobuses) y la gestión por el empresario en materia de calidad y medio ambiente (atribuyéndose puntos adicionales por la utilización de vehículos cuyas emisiones en óxidos de nitrógeno y ruido fuesen inferiores a los límites especificados).

Con este motivo, el Tribunal ha establecido una doctrina de carácter general al respecto, que puede resumirse de la siguiente forma: los criterios que se prevén en las Directivas para adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa «no se enumeran con carácter exhaustivo», de forma que pueden especificarse por el poder adjudicador otros; los que se adopten en cada caso no tienen que ser, necesariamente, de naturaleza meramente económica, desmontando la interpretación generalizada, a la que he aludido con anterioridad, que realmente estrangulaba la posibilidad de emplear criterios medioambientales en la contratación pública; en consecuencia, y con base fundamentalmente en la cobertura que presta el artículo 6 del Tratado, es admisible que la entidad adjudicadora «utilice criterios relativos a la conservación del medio ambiente para la apreciación de la oferta económicamente más ventajosa». Aunque debe destacarse que, a renglón seguido, añadió que «esta afirmación no significa que la mencionada entidad pueda tener en cuenta cualquier criterio de tal naturaleza», porque para que resulte jurídicamente admisible es preciso que los que se empleen se encuentren relacionados con el objeto del contrato, y no se formulen en forma tal que atribuyan una facultad de elección libre en favor del poder adjudicador, además de resultar imprescindible el respeto a los principios generales en materia de contratación: en conclusión, el

poder adjudicador «puede tener en cuenta criterios relativos a la conservación del medio ambiente siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación».

#### IV. EL FUTURO DE LA REGULACIÓN EUROPEA

A) A la vista de los antecedentes a los que he venido aludiendo, no resultará sorprendente constatar, por una parte, que la interpretación dominante sobre las determinaciones de las vigentes Directivas resulte ampliamente favorable a la integración de las políticas sociales y medioambientales en el ámbito de la contratación pública; y, por otra, que en la reforma que actualmente se está tramitando de la ordenación comunitaria de la contratación pública se pretenda subrayar su importancia, y explicitar en el texto de la futura norma la pertinencia de su empleo, evitando las dudas que, en la aplicación práctica de la vigente normativa, se han suscitado al respecto. La voluntad de integrar en el ámbito de la contratación pública las políticas sociales y medioambientales resulta, a estas alturas de la experiencia comunitaria, inequívoca y decidida.

B) En la actualidad se está tramitando una reforma de las Directivas comunitarias sobre contratación pública; se pretende con ella simplificar la regulación existente, e incorporar algunas adaptaciones derivadas de la experiencia adquirida (así, introducir mecanismos de compra electrónica, o prever un nuevo tipo de procedimiento de adjudicación de contratos para aquéllos que resulten especialmente complejos, entre otros aspectos); pero también se aprovecha esta reforma, en lo que ahora nos interesa, para incorporar al texto de la proyectada Directiva las previsiones que se consideran convenientes para canalizar en la contratación pública objetivos de política social y medioambiental. En efecto: en el proyecto de Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras (manejo la propuesta modificada, publicada en el *DOCE* n.º C 203, de 27 de agosto de 2002) se contempla la incorporación de las políticas medioambientales y sociales en el ámbito de la contratación pública, desde la triple perspectiva que encuadró la Comisión, en las Comunicaciones a las que he hecho referencia anteriormente. Por una parte, se prevé la posibilidad de su empleo en el ámbito de las especificaciones técnicas; en especial, señala la propuesta que las especificaciones téc-

nicas deben formularse, sin perjuicio de las normas técnicas nacionales con fuerza legal, y en la medida en que sean compatibles con el Derecho comunitario, mediante varias formas, que pueden ser por referencia a las definidas en un Anexo de la propuesta (que viene a identificar la formulación genérica o común) y, entre otras más, «en términos de rendimiento o exigencias funcionales: éstas pueden incluir características medioambientales. Éstas deberán, no obstante, ser suficientemente precisas para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a los poderes adjudicadores adjudicar el contrato». La Propuesta añade que, en estos casos, se pueden utilizar especificaciones tal y como figuran definidas por las etiquetas ecológicas europeas, (pluri)nacionales o por cualquier otra etiqueta ecológica, siempre que a) sean adecuadas para definir las características de los suministros o prestaciones; b) que las exigencias de la etiqueta se desarrollen basándose en una información científica; c) que las etiquetas se adopten en un procedimiento en el que puedan participar todos los interesados; d) que sean accesibles a todos los interesados.

Por otra parte, se prevé (art. 26 bis) que los poderes adjudicadores puedan exigir condiciones especiales de ejecución de los contratos, en especial —en lo que ahora nos interesa— de tipo social o medioambiental, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y se identifiquen expresamente en el anuncio de licitación o en el pliego. En la misma línea, se contemplan tres reglas complementarias, desde la perspectiva que nos ocupa: en primer lugar, se especifica que una oferta puede considerarse anormalmente baja, a efectos de su exclusión del procedimiento, por referencia al «cumplimiento de las disposiciones de protección del empleo y de las condiciones de trabajo en vigor en el lugar donde la prestación debe efectuarse» (art. 54.1.c bis); en segundo lugar, se subraya la pertinencia de excluir, obligatoriamente, de los procesos de selección a los licitadores que hayan sido condenados por delito ecológico y por incumplimiento de la legislación social; y, en tercer lugar, se prevé la posibilidad de valorar, a efectos de acreditar la capacidad técnica y profesional, aspectos medioambientales (en el proyecto que nos ocupa se limita, ciertamente, esta posibilidad, en el sentido de referirse a contratos de obras y servicios, «y solamente en los casos adecuados, indicando las medidas de gestión ambiental que el agente económico podrá aplicar en ejecución del contrato»).

En tercer lugar, se especifica, al regular la adjudicación de los contratos a la oferta más ventajosa económicamente, la pertinencia de incluir criterios referidos a las características medioambientales; bien es cierto que se hace exigiendo, para que resulte válido, el cumplimiento de tres requisitos

imprescindibles: que se concreten las características en cuestión, evitando que pueda constituir una cláusula genérica y abierta que habilite al poder adjudicador para efectuar, de forma libre, la adjudicación; que se pondere su importancia relativa para la adjudicación; y, en fin, que se anuncie previamente. Por demás, en el proyecto se mantiene la referencia genérica a que el criterio en cuestión debe estar directamente relacionado con el objeto del contrato; sobre esta formulación, y la referencia a que tenga un contenido económico, es preciso aplicar, como ya hemos visto, los criterios interpretativos formulados por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 17 de septiembre de 2002.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La descripción sobre la evolución y el estado de la cuestión en la actualidad reflejan, bien a las claras, una inequívoca tendencia favorable a la admisibilidad del empleo de la contratación pública como vehículo o cauce para instrumentar otras políticas públicas de interés comunitario, y en particular las sociales y medioambientales. No parece posible formular objeciones al respecto: no ya desde la perspectiva de la protección del medio ambiente (atendiendo a las determinaciones del art. 6 TCE) sino en términos generales atendiendo a las posibilidades que suministra al respecto la realidad de la regulación de la contratación pública. Difícilmente podrá encontrarse una opinión contraria, de forma abstracta, a la instrumentación, en las reglas que ordenan los contratos públicos, de previsiones de fomento a otras políticas de relevancia comunitaria (destacadamente, las sociales y medioambientales); aunque, no obstante ello, se susciten, necesariamente, consideraciones sobre su alcance, efectos y límites. Al menos, atendiendo a las siguientes reflexiones:

a) Existe una clara tendencia, inequívoca y segura, a admitir que se canalicen, mediante la contratación pública, otras políticas de relevancia comunitaria, particularmente la social y la medioambiental, de forma tal que se exija, potencie o fomente el cumplimiento de los objetivos previstos en estas últimas al incorporarlos como requisitos para participar en el procedimiento de adjudicación de los contratos, o como criterios de valoración de las ofertas que se presenten. Esta tendencia encuentra una base particularmente relevante en lo establecido en el artículo 6 TCE («las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible»). Aunque es preciso subrayar que en ningún caso esta

posibilidad puede desvirtuar la significación propia y principal de los procedimientos de selección de contratistas y de los criterios de adjudicación de los contratos.

b) La determinación de los ámbitos que permiten una atención específica, para su tutela, protección o fomento, desde la regulación de los contratos públicos, sólo puede hacerse atendiendo a los bienes, derechos e intereses dignos de protección comunitaria europea, y que presenten caracteres significativos desde la perspectiva de la contratación pública, sin que vulneren, por demás, los principios básicos que disciplinan la misma. Por ello existe un claro reconocimiento de la pertinencia de integrar, en términos generales, las políticas social y medioambiental, y no en cambio la regional.

c) Es preciso diferenciar, a los efectos de su correcta valoración y clasificación desde la perspectiva contractual, los aspectos sociales y medioambientales que, por entrañar obligaciones impuestas normativamente en la correspondiente legislación sectorial, deben considerarse como requisitos de capacidad contractual, cuya exigencia en este ámbito no puede depender de la concreta voluntad de cada poder adjudicador, de aquellos otros que incorporan medidas de apoyo, impulso o fomento de tales políticas, que pueden considerarse —con las limitaciones a las que ya he aludido— criterios añadidos a efectos de su ponderación en la adjudicación de cada contrato.

En el primer caso, es imprescindible que tanto la Directiva como las normas internas de trasposición afinen a la hora de concretar los aspectos que, dentro de la regulación sectorial correspondiente, se consideren más relevantes a efectos de elevarlas a condiciones de capacidad contractual. Las reglas principales de la respectiva regulación sectorial (obligaciones, prohibiciones, deberes) cuya observancia pretende canalizarse en el ámbito de la contratación pública deben ser concretadas —también por exigencias del principio de seguridad jurídica— en la propia normativa de contratos, sin que su cumplimiento pueda depender de su particular inclusión en el pliego de cláusulas de un concreto contrato, sino que deben adquirir una trascendencia general, exigible en cualquier tipo de contrato: por tanto, convertidos en requisitos de capacidad, y no como aspectos puntuales a valorar entre los criterios de adjudicación. Encuentra, en este sentido, una razonable justificación la regla según la cual carece de capacidad para contratar quien haya sido condenado mediante sentencia firme por delitos ecológicos o por incumplimiento de la legislación social (que bien podría completarse con la referencia a la sanción administrativa firme por infracción muy grave en la respectiva materia); en cambio, atendiendo a

las exigencias que derivan del principio de seguridad jurídica, la previsión comunitaria que excluye a los empresarios que hayan sido condenados por cualquier delito que afecte a la moralidad profesional presenta, en nuestro ordenamiento interno, carencias e insuficiencias que, literalmente, desactivan su virtualidad. No existe, en nuestro Derecho nacional, ni un catálogo que prevea o especifique los tipos que pueden encuadrarse en tal concepto; tampoco, criterios hermenéuticos seguros que permitan rellenarlo de contenido con el necesario grado de certeza. Resulta preciso, por ello, un mayor esfuerzo de concreción por parte del legislador comunitario o del nacional, en su caso.

d) Parece conveniente, en fin, formular una última reflexión sobre la extensión o el alcance de la inclusión de criterios de valoración —medio-ambientales o sociales— cuando se trata de efectuar la adjudicación del contrato conforme al criterio de la oferta más ventajosa en su conjunto; al menos porque, siendo inequívocamente admisible —tal y como se viene indicando— parece razonable limitar su alcance final, en conjunto, en el sentido de impedir que la valoración conjunta de dichos criterios añadidos pueda permitir la adjudicación del contrato prescindiendo de los criterios principales vinculados, de forma más inmediata, al objeto del contrato. No debe perderse de vista que estamos en presencia de aspectos complementarios, vinculados al objeto y a las características principales del contrato en cuestión, cuya satisfacción reclama, de forma principal, el interés general. Para ello resulta imprescindible, por un lado, calibrar adecuadamente, en cada caso, la vinculación del criterio —complementario— que pretende incorporarse con respecto al objeto del contrato, conforme ha establecido la jurisprudencia comunitaria; por otro, ponderar adecuadamente su valoración tanto en relación con los aspectos principales como por referencia a los demás elementos complementarios; y, en ambos casos, es insoslayable la adecuada motivación tanto de la inclusión del criterio como de su valoración.