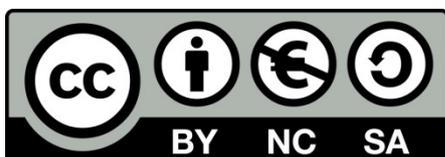


# Nuevos retos de contratación pública

## 2. Contratación Estratégica

## Contenido

1. Las cláusulas ambientales en la contratación pública.....	3
1.1. Introducción.....	3
1.2. Aspectos ambientales en la contratación pública.....	5
1.3. La afectación ambiental al objeto del contrato.....	6
1.3.1 Los pliegos.....	6
1.3.2 La adjudicación.....	7
1.3.3 La ejecución.....	8
2. Cláusulas sociales.....	9
2.1. Aspectos sociales en la contratación pública.....	9
2.2. Obligaciones para contratar con la Administración.....	9
2.3. Prohibiciones para contratar con la Administración Pública.....	13
3. La implementación de políticas públicas. El <i>nudge</i> en la contratación pública. El ejemplo de la transversalidad ambiental en la contratación pública.....	16
3.1. Introducción.....	16
3.2 El ejemplo de la transversalidad ambiental en la LCSP.....	20



Este curso ha sido cedido por el Instituto Nacional de Administración Pública por medio de una licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Compartir igual, en los términos que se describen en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/es> o texto oficial que, para esta modalidad de licencia, sustituya al indicado.

## 1. Las cláusulas ambientales en la contratación pública.

### 1.1. Introducción

Sin afán de dilatarnos en un prefacio, dado el carácter práctico pretendido, lo cierto es que, sin embargo, debemos hacernos eco de la cuestión de la inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública. En definitiva, el nuevo sistema de contratación de la LCSP se caracteriza por ser más eficiente, transparente e íntegro, en aras de un mejor cumplimiento de los objetivos públicos<sup>1</sup>. Luego la nueva normativa de contratación, en un sentido cierto –medioambiental–, no es más, tampoco menos, que una estrategia de intervención pública dirigida a orientar inercialmente las decisiones en la línea considerada correcta por el poder público y el *establishment*, sin recurrir a la coacción ni a los incentivos económicos<sup>2</sup>.

Dicho de otro modo, nos encontramos ante una actividad de fomento de los poderes públicos<sup>3</sup>, pero alejada de los sistemas y mecanismos tradicionales de la misma<sup>4</sup>.

Sin embargo, incluir objetivos mediatos, en este caso de carácter ambiental, en la contratación pública, es algo que no es tan novedoso como, prima facie, pudiera parecer.

---

<sup>1</sup> Vid. Exposición de Motivos –Preámbulo– Apartado II.

<sup>2</sup> No se trata si no de encauzar los comportamientos hacia el logro de determinados objetivos públicamente deseables, sin forzar la libertad ni la autonomía de las personas, ni de las instituciones, así se expresa ALMONACID LAMELAS, V.: “Herramientas para el “buen gobierno” y la calidad del servicio público local en la era de las comunicaciones (o de cómo ser el ayuntamiento que el ciudadano espera)”, consultado en [http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Buen\\_gobierno-calidad\\_del\\_servicio\\_publico\\_local-ayuntamiento\\_11\\_577930002.html](http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Buen_gobierno-calidad_del_servicio_publico_local-ayuntamiento_11_577930002.html). Como es bien sabido, la teoría nudge saltó a la fama mundial en 2008 con el lanzamiento del libro *Nudge: Improving decisions about Health, Wealth and Happiness*, de RICHARD THALER y CASS SUNSTEIN, en su edición en papel de 2017, Taurus, editado bajo el título “Un pequeño empujon (nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad”. El reconocimiento de la teoría no sólo se ha manifestado en el Nobel de Economía de 2017 para R. Thaler, sino que desde un primer momento ya alcanzó un seguimiento significativo en Estados Unidos y Reino Unido, así como el sector privado involucrado en la salud pública y otros campos relacionados. Más recientemente, sobre todo en el ámbito político, se ha venido utilizando la teoría nudge para avanzar la consecución de objetivos de política interna. En definitiva, partimos de la premisa de que el refuerzo positivo y las sugerencias indirectas para tratar de lograr el cumplimiento forzoso no pueden influir en las motivaciones, incentivos y toma de decisiones de grupos e individuos por igual, por lo menos la forma más eficaz -si no más eficaz- que la orden directa, la legislación, o la ejecución unilateral de planes y medidas.

<sup>3</sup> No olvidemos que la actividad de fomento ha sido definida como *“la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”*, así la ha definido JORDANA DE POZAS, L.: “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”, *Revista de estudios políticos*, 48: 41-54, en concreto vid, pág. 46; o con una fórmula más tradicional GARRIDO FALLA, F. (1952): *Tratado de Derecho Administrativo, Vol. II*: 266, Madrid: Instituto de Estudios Políticos., donde señala que es *“aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen”*.

<sup>4</sup> Casi deberíamos plantearnos hasta qué punto no coincide la teoría del nudge con entender que se trata de una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate (JORDANA DE POZAS dixit).

## 2. Contratación estratégica.

Así ya en 2001 se afirmaba jurisprudencialmente que *el gasto público que se realiza con ocasión de un contrato no debe ser el instrumento de otra cosa más que la realización de la mejor adquisición al menor coste* (Conseil d'Etat Conclusiones PI-VETEAU, C.E., 25 julio 2001, *Commune de Gravelines*).

Desde por lo menos la COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar **aspectos sociales** COM (2001) 566, la propia Unión Europea fue incorporando en el proceso de contratación pública, literalmente “otros aspectos medioambientales”, la competitividad, el empleo y la inclusión social y finalmente la innovación.

Podemos decir que es ahí donde nace, en su vertiente ambiental<sup>5</sup>, la llamada contratación estratégica, la utilización del gasto en contratación pública como un instrumento más de esas otras políticas, que da lugar a la **contratación responsable** (aspecto medioambiental y social) y la **compra de innovación**.

Como señala la propia Comisión Europea<sup>6</sup>, las autoridades públicas de Europa son los principales consumidores. Mediante el uso de su poder de compra de bienes de elegir el medio ambiente, servicios y obras, que pueden hacer una contribución importante para el consumo y la producción sostenibles - lo que llamamos Compra Verde Pública (GPP - Green Public Procurement) o la compra verde.

Aunque el GPP nació como un instrumento voluntario, tiene un papel clave en los esfuerzos de la UE para convertirse en una economía más eficiente de los recursos. Su eficacia radica en la inclusión de criterios ambientales claros y verificables para los productos y servicios en el proceso de contratación pública.

Todo esto lleva a la Exposición de Motivos –Preámbulo- de la LCSP, a dejar bien a las claras la inequívoca voluntad del Legislador de emplear esta forma de lograr fines mediatos a través de la contratación pública. Así *se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo*. Estas consideraciones podrán incluirse:

- Tanto al diseñarse los *criterios de adjudicación*, como **criterios cualitativos** para evaluar la mejor relación calidad-precio,
- O como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supe-  
ditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar.

Pero no se ha tratado de un mero brindis al sol, por lo que no podemos detenernos ahí, en particular, a lo largo del texto legal son continuas las referencias directas y positivas a la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos.

Sirva, sin ir más lejos, que en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos

---

<sup>5</sup> Sería en exceso pretencioso extenderlo a la generalidad de la contratación pública –gasto público-. Evidentemente en muchas ocasiones la contratación pública ha sido empleada por las distintas administraciones para lograr fines mediatos, con mayor o menor éxito. Desde favorecer a un/os determinado/s licitador/es, dado el carácter de referente local/nacional de los mismos, potenciar determinados sectores económicos, etc., las administraciones han empleado con otros fines distintos del primigenio a la contratación pública.

<sup>6</sup> [http://ec.europa.eu/environment/gpp/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm). Así el GPP, puede ayudar a estimular una masa crítica de demanda de bienes y servicios más sostenibles que de otro modo serían difíciles de obtener en el mercado. Por lo tanto, GPP es un fuerte estímulo para la innovación ecológica.

una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el art. 202 LCSP.

### 1.2. Aspectos ambientales en la contratación pública

La Unión Europea, al aprobar las tres Directivas en materia de contratación pública de 2014 pretende a las claras incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, así como permitir que los Poderes Públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes, incluyendo una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública.

De forma decidida la Directiva 2014/24/UE, acentúa el carácter estratégico de la contratación pública como medio de consecución de políticas sociales y ambientales, siguiendo el principio de horizontalidad o transversalidad de la protección de medio ambiente, de acuerdo con el art. 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en este sentido, se entienden, las nuevas disposiciones, como el **control de las obligaciones aplicables en materia medioambiental en la ejecución de los contratos**, y la **incorporación del coste del ciclo de vida de un producto, servicio u obra como criterio de adjudicación del contrato**.

Pero en la nueva Ley de Contratos del Sector Público el aspecto ambiental también está presente en otros aspectos, hasta el punto de suponer **prohibiciones de contratar y/o solvencia** para los licitadores. Así, el medio ambiente incide de manera importante en la **capacidad del ofertante** (el futuro contratista, en su caso), al incluirse en el contenido de los requisitos que ha de cumplir para poder ser contratista.

En efecto, para contratar con el sector público, los ofertantes (persona natural o jurídica, española o extranjera) deben cumplir determinados requisitos, que se explicitan en el art. 65 LCSP, entre los que se incluyen que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional (o, en los casos en que así lo exija la Ley, se encuentren debidamente clasificadas). Y, en relación con esa capacidad para contratar, la LCSP (art. 71.1º, letras a y b) establece una serie de **prohibiciones de contratar que impiden contratar a las personas en quienes concurren determinadas circunstancias, entre las que se incluyen: haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente** (prohibición que alcanza a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada), **y haber sido sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente**.

Además de las anteriores, la LCSP (art. 71.2.c) también impide a los empresarios contratar por haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia siempre que haya

## 2. Contratación estratégica.

dado lugar a la imposición de *penalidades contractuales o a la indemnización de daños y perjuicios*.

Por su parte, el art. 202 establece, además, que los Órganos de contratación puedan establecer **condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato**, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos; *siendo obligatorio establecer en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que se indican , y entre ellas, en especial, las relativas a consideraciones relacionadas con la innovación o de tipo medioambiental*.

Por otra parte, se exige (art. 65) a los empresarios, para poder contratar, acreditar **solvencia técnica o profesional** (o, en los casos, previstos estar clasificados) y en los contratos de obras y de servicios, en los casos adecuados, **la indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato** (arts. 88.1.d y 90.1.f); en el supuesto de contratos de suministro se admiten los **certificados expedidos** por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida (art. 89.1.f), y en otros contratos, se aplica la referencia a las **medidas de gestión medioambiental** que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato (art. 91).

En los contratos de regulación armonizada (art. 19 LCSP), la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, los certificados que se exijan harán referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la Unión Europea, o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos por esta o a otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados (art. 94 LCSP).

### 1.3. La afectación ambiental al objeto del contrato

LCSP integra las de las consideraciones ambientales también, **en el objeto del contrato** que se podrá definir en atención a las necesidades o **funcionalidades concretas** que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única, y, en especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime **que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten**.

En relación con el contrato de concesión de obras, la LCSP (art. 250.1.d.1º,7ª) prevé que, en relación con el contenido de las proposiciones de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, los licitadores **podrán introducir las mejoras que consideren convenientes, y que podrán referirse a características estructurales de la obra, a su régimen de explotación, a las medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales**.

#### 1.3.1 Los pliegos

Los Pliegos de Prescripciones Técnicas, en el contrato de obras, además de las características requeridas de un material, producto o suministro, y que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que se destine, se incluyen, entre otros, **los procedimientos de aseguramiento de la calidad, el impacto social, laboral, ambiental y climático de dichos materiales, productos o actividades** que se desa-

## 2. Contratación estratégica.

rollen durante la elaboración o utilización de los mismos; y, en el contrato de suministros o de servicios, aquella especificación en la que se definen las características exigidas de un producto o de un servicio, como, p. ej., los niveles de calidad, **los niveles de comportamiento ambiental y climático**, y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la utilización del producto, su seguridad, o sus dimensiones, entre otras.

Las Prescripciones Técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, según la definición del art. 148, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este.

Al vincular las Prescripciones al ciclo de vida, se vinculan a uno de los procesos más destacables a favor de la sostenibilidad de las actividades. Además, se prevé que, **siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental**, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los arts. 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación [actualmente, arts. 3 y 4 del Real Decreto **Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación**].

Por otra parte, el Órgano de contratación podrá señalar en el Pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente, entre otras cuestiones (art. 129 LCSP).

### 1.3.2 La adjudicación

El art. 145 de la nueva Ley establece que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio, siguiendo las propuestas de la Unión Europea. La Ley permite tener como base el precio o coste, pero *ligado al ciclo de vida de un producto obra o servicio*; por tanto, teniendo en cuenta también cuestiones medioambientales.

De acuerdo con el mismo precepto, la mejor relación calidad-precio se ha de evaluar con arreglo a *criterios económicos y cualitativos*, y éstos últimos **podrán incluir aspectos medioambientales o sociales**, vinculados al objeto del contrato, que podrán ser, entre otros, las características medioambientales e innovadoras referidas, entre otras, a la *reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero, al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato, y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato*.

Estos criterios cualitativos deben acompañarse de un criterio relacionado con los costes, que, según el Órgano de contratación, *podrá ser el precio* o un planteamiento basado en *la rentabilidad*, como el **coste del ciclo de vida** (según el art. 148).

El ciclo de vida de un producto, obra o servicio, **que parece ser el criterio cualitativo más importante**, está integrado por todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso, **la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y**

**las condiciones en que esta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos;** y todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización.

En el supuesto de que se evalúen los costes mediante el cálculo del coste del ciclo de vida, los Órganos de contratación indicarán en los Pliegos los datos que deben facilitar los licitadores, así como el método que aquellos utilizarán para determinar los costes de ciclo de vida sobre la base de dichos datos.

Asimismo, **las cuestiones medioambientales también tienen relación con las bajas temerarias u ofertas anormales o desproporcionadas**, que son aquellas que resultan inviables por haber sido formuladas en términos que las hacen anormalmente bajas o desproporcionadas.

La LCSP (art. 149) no permite la exclusión automática de estas proposiciones, sino que permite a los Órganos de contratación excluirlas del procedimiento de licitación **previa tramitación del procedimiento administrativo** previsto, en el que se prevé que la Mesa o el Órgano de contratación puedan requerir al licitador la información pertinente sobre el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta; y, concretamente, *podrán pedirles justificación sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.*

En relación con éstas, la Ley es tajante, al prever que, en todo caso, los Órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas **porque, entre otras cuestiones, no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental**, nacional o internacional (en aplicación del art. 201, sobre ejecución de los contratos) , **y en particular las establecidas en el Anexo V de la Ley (en materia de protección de la capa de ozono, el control de residuos peligrosos, contaminantes orgánicos persistentes o plaguicidas y productos químicos peligrosos)**; si bien, los Órganos de contratación pueden tomar las medidas adecuadas para comprobar que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones, durante el procedimiento de licitación.

### 1.3.3 La ejecución

Pero, además, la LCSP (art. 202) establece que los **Órganos de contratación puedan establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato** (y que se exigen asimismo a los subcontratistas que participen en la misma), **siempre que estén vinculadas al objeto del contrato**. En particular, la Ley permite establecer, entre otras, medidas que persigan la reducción de las **emisiones de gases de efecto invernadero**<sup>7</sup>, el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, una gestión **más sostenible del agua**, el fomento del *uso de las energías renovables*, la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables, o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

<sup>7</sup> Como el propio Legislador reconoce, se pretende así dar cumplimiento al objetivo que establece el art. 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

## 2. Contratación estratégica.

Tal es la importancia de las condiciones especiales de ejecución, que los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el art. 192.1 -incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso-, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el art. 211.f) –causas de resolución del contrato-. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, en todo caso, éste podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el art. 71.2.c) LCSP –prohibición de contratar-.

También debemos destacar que todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo.

## 2. Cláusulas sociales

### 2.1. Aspectos sociales en la contratación pública

Dada la idea –la utilización estratégica de la contratación pública- en la que ya abundamos en la unidad anterior –cláusulas ambientales-, damos por reproducido el contenido de la introducción sobre esta cuestión, centrándonos directamente, en esta ocasión, en las ideas que dominan ahora la contratación estratégica, en el sentido de **reforzar la aplicación de la legislación laboral**, por un lado, y por otro la **discriminación positiva a fin de lograr mayores niveles de empleo, inclusión social, e igualdad de género**.

No vamos a restar importancia a esta cuestión, no sería posible ni legal hacerlo, pero quizá si podemos destacar que la regulación al menos no parece tan profusa, prima facie, como la correspondiente a las cláusulas ambientales. Ahora bien, en modo alguno está exenta de referencias a los aspectos sociales que deben, necesariamente, revestir la contratación pública, y las que existen son de suma importancia.

Sin ir más lejos, estarán legitimadas para interponer este recurso especial en materia de contratación (art. 48), contra los actos susceptibles de ser recurridos, **las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación**<sup>8</sup>.

### 2.2. Obligaciones para contratar con la Administración.

En materia de contratación pública y cláusulas sociales y laborales, además de la legitimación antes citada, podemos agrupar las medidas que recoge la LCSP en dos grupos: las obligaciones y las prohibiciones para contratar, vinculadas siempre al cumplimiento o no de los requisitos de índole social y laboral.

---

<sup>8</sup> En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

## 2. Contratación estratégica.

Comenzando por las obligaciones para contratar con la Administración, en cuanto a la **clasificación**, cuando se utilicen medios ajenos, art. 79, literalmente se dispone que *en el caso de puesta a disposición de medios personales, tal circunstancia deberá, en todo caso, ser compatible con las disposiciones aplicables en materia laboral y de derecho del trabajo, y contar con el consentimiento de los trabajadores afectados*. El supuesto previsto en el epígrafe 3 del art. 79, no podrá conllevar, en ningún caso, la puesta a disposición exclusivamente de medios personales, siempre tiene que existir alguna prestación o puesta a disposición de medios materiales junto a éstos.

Pero quizá el apartado que más pueda llamar la atención sea el art. 102 de la LCSP, en cuanto que hace referencia al precio del contrato. En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, **deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables** en el lugar de prestación de los servicios<sup>9</sup>. Aquí tenemos una doble manifestación, en relación con la oferta, de esta cuestión. Por una parte, el licitador procurará, al menos debería hacerlo para no correr el riesgo de quedar excluido porque su oferta no se pueda valorar correctamente, o cuando menos se le tenga que requerir para que presente aclaraciones<sup>10</sup>, que en su oferta se determine de manera clara y concisa cual son los costes laborales: horas de mano de obra, categorías laborales empleadas, etc..., así como su cuantificación al objeto, aquí viene la segunda parte, de que el órgano de contratación, convenio mediante, pueda verificar la adecuación de la oferta en términos laborales a la legalidad vigente.

Hay que tener en cuenta que esta misma previsión se tendrá que hacer en caso de revisión de precios en el contrato.

Tampoco podemos olvidarnos de lo estipulado en el art 129. En este caso será el órgano de contratación el que pueda solicitar a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten **haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de fiscalidad, protección del medio ambiente, protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad**, y protección del medio ambiente<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Como es sabido, todos los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado. Serán los órganos de contratación los encargados de procurar que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados. Hasta aquí nada nuevo, pero al incluir en el texto legal, que, *en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios*, la cuestión cambia sustancialmente.

<sup>10</sup> No hemos de olvidar que, conforme al art. 176.1 LCSP, *las ofertas deben incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto*. Aunque se contempla la posibilidad *solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de los elementos fundamentales de la oferta o de la licitación pública, en particular de las necesidades y de los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio*.

## 2. Contratación estratégica.

También la **subrogación de trabajadores** (art. 130) cuenta con importantes disposiciones en materia de contratación pública. En primer lugar, cabe destacar el reconocimiento directo de la posibilidad de recurrir a la subrogación de trabajadores, que podrá ser voluntaria o por imposición legal. En este segundo caso, siempre que una norma de rango legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario de un contrato público la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales preexistentes, **los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida**, permitiendo así una correcta formulación de la oferta, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el art. 129.1 LCSP<sup>12</sup>.

Es importante destacar que la subrogación también se dará en aquellos casos en los que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico. Dado este supuesto, la Administración Pública, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

La subrogación en ningún caso debería suponer un sobrecoste, ni en modo alguno suponer una causa para la modificación del precio del contrato. Pero esta posibilidad existe evidentemente, por lo que en el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista, además de poder instar la revisión de precios cuando *los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el Real Decreto*

---

<sup>11</sup> Con el fin de facilitar el cumplimiento de estos requisitos, el órgano de contratación tiene reconocida la potestad para indicar en los pliegos cuales son el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, **y a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato**. Vid. art. 129.1 LCSP.

<sup>12</sup> Señala a continuación el mismo artículo, que *a estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.*

## 2. Contratación estratégica.

que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española<sup>13</sup>.

Es tal la importancia de la figura, que para aquellos casos en los que exista subrogación, el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el art. 192 LCSP, para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo. La redacción de la Ley en este caso parece ir dirigida en la dirección de sancionar al contratista que no cumpla la obligación de subrogar trabajadores, pero no hemos de olvidar que esto no es posible, ya que de la oferta que presente, teniendo presente el cumplimiento de las disposiciones ya vistas, relativas al coste de la mano de obra de la prestación objeto del contrato, ha de poderse deducir si efectivamente ha procedido o no a tal subrogación, de no ser así habrá de ser sancionado con los límites antedichos. Pero cabría preguntarse si no podría ser objeto de sanción, no penalización, ya que al haberse referido al art. 192, éste sólo contempla penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, que recordemos estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, en el caso que no lo hiciera.

Para finalizar la cuestión de la subrogación de trabajadores haremos referencia a que también el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará siempre la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último.

Por su parte, el art. 201, abre directamente la puerta a la aplicación de la normativa comunitaria en materia social y laboral. Así estipula que **los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral** que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el Anexo V de la LCSP<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Vid. art. 103 LCSP.

<sup>14</sup> En el ámbito social y laboral estos serían:

- Convenio OIT n.º 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación,
- Convenio OIT n.º 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva,
- Convenio OIT n.º 29, sobre el trabajo forzoso,
- Convenio OIT n.º 105, sobre la abolición del trabajo forzoso,
- Convenio OIT n.º 138, sobre la edad mínima,
- Convenio OIT n.º 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación),
- Convenio OIT n.º 100, sobre igualdad de remuneración,
- Convenio OIT n.º 182, sobre las peores formas de trabajo infantil.

### 2.3. Prohibiciones para contratar con la Administración Pública.

Vistas las obligaciones para contratar con la Administración Pública, corresponde ahora hacer lo propio con las prohibiciones.

Comenzamos por la causa de **prohibición de contratar con las entidades del sector público** que consiste en no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de los empleados de las empresas de 50 o más trabajadores sean trabajadores con discapacidad<sup>15</sup>.

No debemos olvidar que el concepto de cláusulas sociales no recoge únicamente aquellas que contienen aspectos laborales, o al menos no de forma exclusiva. Así se entiende perfectamente la misma prohibición, en este caso para las empresas de **más de 250 trabajadores**, que tendrán prohibido contratar con la Administración Pública si **no cumple con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres**<sup>16</sup>.

Sin que exactamente consistan en una prohibición, lo cierto es que las cláusulas sociales como **criterios de adjudicación** art. 145 (criterios cualitativos), hasta tal punto que se terminan por convertir en una prohibición “de facto”. Cuando se estipula que las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; no se está sino reivindicando tal carácter.

Esto hay que ponerlo en relación con el art. 146 LCSP, que, si bien de forma expresa no recoge ninguna cláusula en tal sentido –social y laboral-, no deja de ser la norma que determina la aplicación de los criterios de adjudicación. Precisamente en ese sentido, tanto cuando solo se utilice un criterio de adjudicación –este deberá estar relacio-

---

<sup>15</sup> No sólo el Preámbulo de la LCSP recoge esta prohibición, tal y como hacía el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público. El art. 71.1.d) expresamente lo establece como prohibición en idénticos términos. En este caso vinculando tal prohibición con el texto del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

<sup>16</sup> Vid. el propio art. 71.1.d) LCSP. No debemos olvidar que la acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer párrafo de esta letra se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el art. 140, salvo que el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, establezca una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

## 2. Contratación estratégica.

nado con los costes-, como cuando se utilicen una pluralidad de ellos, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Evidentemente, el cumplimiento de las retribuciones cumpliendo convenio, las cuotas de personas con discapacidad contratadas, los planes de igualdad, número de mujeres, etc... son todas cuestiones cuantitativas, por tanto con ese carácter preponderante al que hace referencia el legislador.

Es más, si nos detenemos en el texto del propio art. 147 -criterio de desempate-, apreciamos como *los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos y entre ellos Proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa*<sup>17</sup>.

También tendrán la misma consideración aquellas proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

En defecto de previsión en los pliegos, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato se resolverá mediante la aplicación por orden de una serie de siguientes criterios sociales, que necesariamente irán referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas.

Se decidirá la adjudicación a favor de aquel licitador que posea un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla. Si aún tras aplicar este criterio permaneciera el empate, se tendrá en cuenta el menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas. De no resolverse la cuestión de la adjudicación en base a los dos criterios de desempate anteriores, primará el mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas, dejando como solución final el sorteo puro.

Redundando en la importancia de las cláusulas sociales y laborales, el propio art. 149 -proposiciones anormalmente bajas-, establece que los órganos de contratación **rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque no cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral**<sup>18</sup>.

Hasta ahora hemos hecho referencia a la aplicación de las cláusulas antes de la adjudicación del contrato, pero también la ejecución del contrato se va a ver condicionada por las mismas. Con la redacción del art. 202 -*condiciones especiales de ejecución del*

---

<sup>17</sup> Si fueran varias las empresas licitadoras que hubieren empatado en cuanto se refiere a la presentación de la proposición más ventajosa, será criterio de desempate la acreditación de el tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al que les imponga la normativa, en su virtud, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla. Vid. art. 147.1.a), párrafo segundo, LCSP.

<sup>18</sup> Vid. art. 149.

## 2. Contratación estratégica.

*contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden-*, en todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo social o relativas al empleo, entre otras, podrán introducirse, aquellas que cumplan con alguna de las siguientes finalidades:

- Hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad;
- Contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional;
- Promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción;
- Eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar;
- Combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración;
- Favorecer la formación en el lugar de trabajo;
- Garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables;
- Medidas para prevenir la siniestralidad aboral;
- Otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión.

Finalmente, la LCSP –Disposición Adicional cuadragésima octava-, permite al poder **adjudicador reservar algunos contratos de servicios sociales, culturales y de salud para adjudicarlos a determinadas organizaciones del tercer sector**<sup>19</sup>. Esta disposición hay que ponerla en relación a su vez con la Disposición Adicional Cuarta –contratos reservados-, que permite reservar el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva -un mínimo de un 7% a partir de 2019, en contratos del Estado.

---

<sup>19</sup> Se trata, en concreto, de contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud de los que enumera el Anexo IV LCSP.

### 3. La implementación de políticas públicas. El *nudge* en la contratación pública. El ejemplo de la transversalidad ambiental en la contratación pública.

#### 3.1. Introducción

Por un lado, el nuevo sistema de contratación de la LCSP se caracteriza por ser más eficiente, transparente e íntegro, en aras de un mejor cumplimiento de los objetivos públicos<sup>20</sup>. Por otra parte, *nudge* es un término inglés que traducido al castellano viene a ser algo así como "pequeño empujón", es decir, un "toque", algo suave que produce efectos en el sentido deseado. Luego la nueva normativa de contratación, en un sentido cierto –medioambiental, social y laboral, innovación-, no es más, tampoco menos, que una estrategia de intervención pública dirigida a orientar inercialmente las decisiones en la línea considerada correcta por el poder público y el *establishment*, sin recurrir a la coacción ni a los incentivos económicos<sup>21</sup>.

Dicho de otro modo, nos encontramos ante una manifestación de la tradicional actividad de fomento de los poderes públicos<sup>22</sup>, pero alejada de los sistemas y mecanismos acostumbrados de la misma<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Vid. Exposición de Motivos LCSP –Preámbulo- Apartado II.

<sup>21</sup> *No se trata si no de encauzar los comportamientos hacia el logro de determinados objetivos públicamente deseables, sin forzar la libertad ni la autonomía de las personas, ni de las instituciones*, así se expresa ALMONACID LAMELAS, V.: "Herramientas para el "buen gobierno" y la calidad del servicio público local en la era de las comunicaciones (o de cómo ser el ayuntamiento que el ciudadano espera)", consultado en [http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Buen\\_gobierno-calidad\\_del\\_servicio\\_publico\\_local-ayuntamiento\\_11\\_577930002.html](http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Buen_gobierno-calidad_del_servicio_publico_local-ayuntamiento_11_577930002.html). Como es bien sabido, la teoría *nudge* saltó a la fama mundial en 2008 con el lanzamiento del libro *Nudge: Improving decisions about Health, Wealth and Happiness*, de RICHARD THALER y CASS SUNSTEIN, en su edición en papel de 2017, Taurus, editado bajo el título "Un pequeño empujón (*nudge*): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad". El reconocimiento de la teoría no sólo se ha manifestado en el Nobel de Economía de 2017 para R. Thaler, sino que desde un primer momento ya alcanzó un seguimiento significativo en Estados Unidos y Reino Unido, así como el sector privado involucrado en la salud pública y otros campos relacionados. Más recientemente, sobre todo en el ámbito político, se ha venido utilizando la teoría *nudge* para avanzar la consecución de objetivos de política interna. En definitiva, partimos de la premisa de que el refuerzo positivo y las sugerencias indirectas para tratar de lograr el cumplimiento forzoso no pueden influir en las motivaciones, incentivos y toma de decisiones de grupos e individuos por igual, por lo menos la forma más eficaz -si no más eficaz- que la orden directa, la legislación, o la ejecución unilateral de planes y medidas.

<sup>22</sup> No olvidemos que la actividad de fomento ha sido definida como "*la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos*", así la ha definido JORDANA DE POZAS, L.: "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo", *Revista de estudios políticos*, 48: 41-54, en concreto vid, pág. 46; o con una fórmula más tradicional GARRIDO FALLA, F. (1952): *Tratado de Derecho Administrativo, Vol. II*: 266, Madrid: Instituto de Estudios Políticos., donde señala que es "*aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen*".

<sup>23</sup> Casi deberíamos plantearnos hasta qué punto no coincide la teoría del *nudge* con entender que se trata de una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate (JORDANA DE POZAS dixit).

## 2. Contratación estratégica.

La nueva LCSP tiene muchas novedades, pero por encima del resto destacan aquellas dirigidas a establecer, algo que ocurre por primera vez, **estándares comunes a todos los contratos públicos**, incluidos los de concesión, con la finalidad de estimular la competencia efectiva y de asegurar una mejor calidad y relación calidad precio cuando las autoridades públicas adquieran o contraten obras, servicios o bienes.

Ya eran objetivos obligatorios en la legislación española, la eficacia y eficiencia (art. 31.2 C.E. sobre gasto público, art. 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, art. 129 Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), aunque con el nuevo texto, vamos a ver como ambas figuras incorporan criterios nuevos para entender que se alcanzan en ambos casos.

Por otro lado, se pretende facilitar la participación y presentación de ofertas por parte de pequeñas y medianas empresas (PYMES), verdadero motor de la economía y generador de empleo por excelencia.

Por último, pero no menos importante, otra de las finalidades perseguidas es la de posibilitar el que los órganos de contratación puedan otorgar un mayor importancia a la **calidad y a los aspectos medioambientales, sociales y a la innovación** al llevar a cabo la adjudicación del contrato.

Dejamos en este caso para el final, una cuestión que puede pasar desapercibida porque no se reconoce formalmente como un objetivo a conseguir, pero también es una pretensión del legislador, a través de la LCSP, buscar la **consolidación definitiva de la Administración electrónica**, en este caso a través de la implantación, sin cortapisas, de la contratación electrónica, que será el único modo de contratar con las administraciones públicas en algunas modalidades contractuales.

Salvo algunas excepciones, los **medios electrónicos** deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior.

Sin ir más lejos, será obligatoria la transmisión de anuncios en formato electrónico, así como la puesta a disposición del público por medios electrónicos de los pliegos de contratación, en aras de lograr, tras un periodo transitorio de 30 meses, una comunicación totalmente electrónica entre la Administración, órgano contratante, y los licitadores interesados en contratar con ella.

Es innegable pues que los enfoques *nudge* pueden tener gran utilidad para innovar en la “gobernanza”<sup>24</sup>, o lo que es lo mismo, y empleando términos manidos, para la consecución del “buen gobierno” o, yendo más al caso concreto, la implantación de la administración electrónica<sup>25</sup>. Emplear técnicas pensadas para favorecer la superación de

<sup>24</sup> Definida por la R.A.E. como el arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía.

<sup>25</sup> *La administración electrónica o «eGovernment» se define como la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en las administraciones públicas, asociada a cambios en la organización y nuevas aptitudes del personal. El objetivo es mejorar los servicios públicos, reforzar los procesos democráticos y apoyar a las políticas públicas. Vid. Comunicación de la Comisión, de 26 septiembre 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa [COM (2003) 567 final].*

las *tentaciones negativas* que se presentan a los seres humanos en nuestros procesos de toma de decisiones se ha mostrado tradicionalmente como algo eficaz. Nos vemos en la obligación de hacer nuestra la reflexión conforme la cual *tendencias a las aproximaciones cortoplacistas, a la falta de establecimiento de prioridades, al despilfarro, etc., pueden ser atajadas más eficazmente si se utilizan mecanismos de autocontrol, apoyados en la filosofía del “empujoncito”. La tendencia a reproducir comportamientos ajenos puede ser una ayuda, si enfatizamos los correctos. La gestión de la información en las organizaciones que componen el ámbito local puede ser determinante a la hora de implementar esos mecanismos de autocontrol. Junto a las rigurosas prohibiciones (pocas y muy cargadas de razón) hay que establecer mecanismos que garanticen que las buenas prácticas son puestas en el escaparate y las malas censuradas. La reflexión vale tanto para políticos como para funcionarios*<sup>26</sup>. Defectos que no se solucionan con un EBEP, que nunca se ha terminado por cumplir, aun reconociendo su buen hacer teórico. Debemos dejar paso a los códigos éticos y, sobre todo a la evaluación del desempeño. El propio *nudge* permite ese salto del papel a la realidad.

Ya RIVERO ORTEGA y MERINO ESTRADA (2013) recordaban que *una de las prácticas más rechazables generada en la etapa de “bonanza” y que actualmente irrita y deslegitima, es la de los gastos municipales “irracionales”: edificios faraónicos y gastos suntuarios. Aeropuertos innecesarios o paradas de AVE en los terrenos del soborno*<sup>27</sup>. No es cuestión de establecer rigurosas normas reguladoras, o ahondar en la potestad de control o policía de la Administración, al fin y al cabo, sería redundar en lo mismo. En definitiva, la norma no cambia conductas, ni la licitación electrónica acabará con el fraude en la contratación pública, aun cumpliendo escrupulosamente el nuevo procedimiento automático y transparente<sup>28</sup>.

Siguiendo en esta línea, el *nudge* se convierte en el complemento ideal de las normas. Con él es posible prevenir gastos injustificados, llevar a cabo buenas prácticas en la contratación y en el manejo de todas las partidas de gasto, sin olvidar que dada la economía de escala en la que se mueve la Administración, casi siempre debería pagar menos que lo que pagaría un particular por el mismo producto. Dicho esto, hay que entender que el *nudge* comprende un componente económico, lo que hace que no se confunda con la tradicional actividad de fomento.

Casi deberíamos plantearnos hasta qué punto no coincide la teoría del *nudge* con entender que se trata de una **vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado**, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la **influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública** de que se trate.

No hay que establecer rigurosas normas reguladoras, o ahondar en la potestad de control o policía de la Administración, al fin y al cabo, sería redundar en lo mismo. En

---

<sup>26</sup> ALMONACID LAMELAS, V.: “Herramientas...”, op. cit.

<sup>27</sup> RIVERO ORTEGA, R. y MERINO ESTRADA, V. (2013a): “La reforma del Régimen Local en España: necesidad, alcance, orientación y contenidos básicos”, *Revista de Estudios Locales, Cunal*, 162: 10 y ss., esta posición ya era mantenida por los mismos autores en (2013b): “La Necesidad de innovación para un buen gobierno local”, *Revista de Estudios Locales, Cunal*, 157: 10 y ss.

<sup>28</sup> Sólo queremos apuntar aquí de forma muy somera, que el algoritmo será el nuevo “ente” corrupto, o al menos susceptible de serlo, por lo que merecerá todos los desvelos regulatorios para evitar o corregir tal circunstancia.

## 2. Contratación estratégica.

definitiva, la norma no cambia conductas, ni la licitación electrónica acabará con el fraude en la contratación pública, aun cumpliendo escrupulosamente el nuevo procedimiento automático y transparente.

El componente económico del *nudge* hay que verlo y entenderlo desde la perspectiva de la eficacia y la eficiencia, ya que cuando hablamos de Administración y gasto público, no puede ser de otra manera. Sin olvidar que el medioambiente, las cuestiones sociales y laborales, la igualdad entre mujeres y hombres o la innovación, se han terminado por convertir en parámetros transversales de eficiencia que cada área social debe cumplir para lograr satisfacer sus objetivos<sup>29</sup>. Tradicionalmente, el derecho y la economía han sido las áreas más conscientes de esta realidad, transformándose continuamente para lograr satisfacer la armonía social en un sistema de intercambio mundial y condiciones de escasos recursos. Esto ha llevado a que el medio ambiente sea una de las temáticas transversales más manidas en la contratación pública.

Aunque no siempre fue así, hoy todas las construcciones del modelo económico y jurídico evitan entrar en contradicción frente a los planteamientos ambientales, para así profundizar en el objetivo concreto que se persigue tras las estructuras en formación del derecho ambiental. Tanto es así que la sensibilidad hacia el medio ambiente impregna, prácticamente, sino toda Ley, aunque quizás la herramienta más destacable para su protección, claramente dirigida hacia la sostenibilidad, sea la inclusión de criterios ambientales en aquellos ámbitos donde imperan otros principios.

Esta transformación no es precisamente nueva. Los primeros sesgos de cambio los encontrábamos en la legislación sobre contratación aparecida tras la C.E., máxime tras la incorporación de España a la Unión Europea<sup>30</sup>. La ímproba labor de la Comisión Interministerial para la Incorporación de Criterios Ambientales en la Contratación Pública, terminaría dando sus frutos<sup>31</sup>, sobre todo a raíz de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Señala, para el caso concreto del medio ambiente, LUCERO PANTOJA, J.E.: "Entre el Ambiente y el Sostenimiento de la Economía", *Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, <http://huespedes.cica.es/gimadus/>, abundando en la idea de la función de utilidad del medio ambiente, que del mismo deben *concebirse de tal forma sus principios de protección y recomposición como el camino adecuado para poder hacer de las metas un hecho satisfactorio*.

<sup>30</sup> Una primera pincelada la encontramos en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases, que estableció para las Administraciones públicas la obligación de promover el uso de materiales reutilizables y reciclables en la contratación de obras públicas y suministros. Cuestión a la que, en el ámbito del Ministerio de Medio Ambiente, dio cumplimiento la Orden Ministerial de 14 de octubre de 1997, por la que se fijaban los criterios de modificación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que habían de regir la contratación en el Ministerio de Medio ambiente para incluir la valoración ambiental como exigencia objetiva de resolución de los concursos que se convoquen (derogada por Orden MAM/2116/2007, de 10 de julio, sobre requisitos y criterios medioambientales a introducir en los pliegos de cláusulas administrativas que rijan en los contratos del Ministerio de Medio Ambiente y los Organismos Públicos de él dependientes). Por su parte, la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, vino a obligar a las Administraciones Públicas a promover el uso de materiales reutilizables, reciclables y valorizables, así como de productos fabricados con material reciclado que cumplan las especificaciones técnicas requeridas, en el marco de la contratación pública de obras y servicios, y la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, determinó que las Administraciones Públicas promoverán el uso de maquinaria, equipos y pavimentos de baja emisión acústica, especialmente al contratar las obras y suministros.

<sup>31</sup> Tras su creación por Acuerdo de 22 de mayo de 2006, fue la sede en la que se gestó el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de enero de 2008, y publicado en la Orden PRE/116/2008, de 21 de enero.

## 2. Contratación estratégica.

El siguiente salto cuantitativo, pero sobre todo cualitativo, lo da el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Entre otros fines, perseguía, asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa<sup>32</sup>.

### 3.2 El ejemplo de la transversalidad ambiental en la LCSP.

Como hemos anunciado en el Tema correspondiente, sin olvidar los aspectos sociales y laborales, la igualdad entre mujeres y hombres y la innovación, con todo, es mucho más profusa la redacción de la LCSP sobre la materia. No hay más que detenerse en el propio art. 1, relativo al objeto y finalidad de la misma, que proclama rotundamente, conforme al Derecho europeo y la trascendencia actual de la cuestión –empujón mediante-, la incorporación legal de los aspectos medioambientales (y también de los sociales, laborales, igualdad de mujeres y hombres e innovación, aunque por desgracia todavía en menor medida, aunque no debemos olvidarnos en ningún caso de los mismos), al precisar que, en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.

---

<sup>32</sup> Este nuevo texto legal tuvo por finalidad incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE, incluyendo con normalidad los criterios ambientales en los procesos de contratación. Con carácter previo, ya en la STJUE de 17 de septiembre de 2002, conocida como Sentencia Concordia, comentada acertadamente por MARTÍNEZ PALLARES, P.L. (2004): “El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial la inclusión de criterios medioambientales”, GIMENO FELIÚ coord.: *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*: 161-171, Barcelona: Atelier, se analizaba la validez de incluir entre los criterios de adjudicación del contrato la organización del empresario en materia de calidad y de medio ambiente (debían concederse puntos adicionales por un conjunto de criterios cualitativos y por un programa de conservación del medio ambiente acreditados mediante certificación) y la reducción de las emisiones de óxido de nitrógeno o del nivel de ruido de los vehículos (criterios de naturaleza ecológica) se afirma que: “(…), en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora 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. 2) El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, por el mero hecho de que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora sea una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados”

<sup>33</sup> Todo ello directamente relacionado con la calidad del medio ambiente y el uso de recursos naturales, ya que se trata de definir el producto, obra o servicio que el Poder adjudicador quiere comprar o contratar. En tal definición tiene una total libertad, siempre que se respeten los principios y normas europeas e internas en la materia, principalmente en relación con la libre competencia y la transparencia en los procedimientos de contratación; siendo necesario vincular el objeto del contrato con los criterios ambientales, utilizando conceptos y justificaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y el medio ambiente. También sienta las bases de las prohibiciones de contratar relacionadas con el medio ambiente, siendo pionera en incorporar cuestiones ambientales en relación con la capacidad y solvencia de los empresarios.

## 2. Contratación estratégica.

Precisamente el recurso a la transversalidad, uno de los conceptos más mencionados, pero menos comprendidos y abordados en los procesos de gestión social y ambiental, es lo que caracteriza el nuevo texto de contratación pública. A nuestro juicio, nudge y transversalidad son dos conceptos que indefectiblemente han de ir de la mano. De poco sirve empujar al legislador a utilizar la contratación pública para lograr ciertos fines mediatos de carácter ambiental, si ello no supone afectarla transversalmente en todos, o en la mayor parte, de sus aspectos, desde idéntica perspectiva.

No obstante, este es un tema que, por necesario que resulte, no va a carácter de complejidad. Dada la necesaria relación entre los criterios ambientales y el propio objeto del contrato, no podemos entender ésta si no es partiendo del hecho cierto de que ambos criterios (principalmente en cuanto se refiere a la adjudicación de los contratos) no pueden ir en contra o suponer un obstáculo a los principios esenciales de la contratación pública -igualdad y no discriminación. Es el propio art. 1 LCSP el que se encarga de establecer esta premisa. La finalidad del principio de igualdad es favorecer el desarrollo de una competencia real y efectiva, por lo que impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas y que estas se sometan a las mismas condiciones para todos los licitadores; de ahí la necesidad de utilizar la incorporación de criterios ambientales en el objeto del contrato de forma positiva, nunca como obstáculos para la igualdad y la libre competencia.

De hecho, las Entidades del sector público valorarán, entre otras, la incorporación de consideraciones medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública, en los términos previstos en la propia LCSP-vid. art. 28.2-<sup>34</sup>. Así se convierte el medio ambiente en un criterio estratégico para la contratación pública. Luego son tres los conceptos relacionados y presentes en la contratación pública: “green nudge”, “transversalidad” y “uso estratégico”.

También incide de manera importante en la capacidad del ofertante, al incluirse la cuestión ambiental en el contenido de los requisitos que ha de cumplir para poder ser contratista. En relación con la capacidad para contratar, la LCSP establece una serie de prohibiciones de contratar que impiden contratar a las personas en quienes concurren determinadas circunstancias, entre las que se incluyen: haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente (prohibición que alcanza a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada), y haber sido sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente .

Igualmente impide contratar haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el art. 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios. Este precepto establece que los órganos de

<sup>34</sup> Destaca la incorporación de la cuestión ambiental en este artículo dedicado a la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación. Máxime si nos detenemos en los términos en que el mismo se encuentra redactado, así las consideraciones ambientales inciden de forma directa en la eficacia del propio contrato.

## 2. Contratación estratégica.

contratación puedan determinar condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En cuanto a los efectos de las anteriores, el art. 72 señala que la prohibición de contratar por las causas previstas en el art. 71.1, a y b, se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas; en el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar y en los supuestos del art. 71.2 el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante un procedimiento administrativo instruido al efecto (regulado en el mismo precepto). En los casos en que por sentencia penal firme así se prevea, la duración de la prohibición de contratar será la prevista en la misma, si no se ha establecido plazo, esa duración no podrá exceder de cinco años desde la fecha de la condena por sentencia firme; en el resto de los supuestos, el plazo de duración no podrá exceder de tres años.

Sobre las prohibiciones de contratar y sus efectos, hay de distinguir entre aquellas cuya declaración corresponda al Ministro de Hacienda y Función Pública, que producirá efectos en todo el sector público (desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución), y las del art. 71.2 (cuyos efectos se producen desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente), en las que la prohibición de contratar afectará al ámbito del órgano de contratación competente para su declaración (aunque pueden extenderse a todo el sector público correspondiente, según los casos). Prohibiciones de contratar que se comunicarán sin dilación para su inscripción al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas; y su inscripción caducará a los 3 meses desde que termine su duración, debiendo procederse de oficio a su cancelación en dicho Registro.

Corresponderá la carga de la prueba de no estar incurso en prohibición de contratar al empresario, pudiendo realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos (art. 85 LCSP). De hecho, entre la documentación que los empresarios interesados en la licitación han de acreditar -mediante declaración responsable- se incluye la de no estar incurso en ninguna prohibición de contratar (art. 140 LCSP).

Por otra parte, para poder contratar se exige a los empresarios acreditar solvencia técnica o profesional, o, si así se prevé, estar clasificados. Los medios para acreditar la solvencia del empresario varían en función del contrato concreto, haciendo referencia al medio ambiente algunos de los previstos. Así, en los contratos de obras y de servicios, se incluye la indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato (arts. 881.d) y 90.1.f); en el supuesto de contratos de suministro se admiten los certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida (art. 89.1.f), en los restantes contratos, se aplica la referencia a las medidas de gestión medioambiental que se podrán aplicar al ejecutar el contrato (art. 91). Los contratos de regulación armonizada (art. 19), exigirán certificados de organismos acreditados para

## 2. Contratación estratégica.

certificar el cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, necesariamente referidos al Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS) de la Unión Europea, o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos por esta u otras normas de gestión medioambiental basadas en normativa europea o internacional (art. 94 LCSP).