**DICTAMEN 1/2024, DE 29 DE FEBRER 2024. EL DECRET 118/2022, DE 5 D’AGOST, DEL CONSELL, PEL QUAL ES REGULA LA INCLUSIÓ DE CLÀUSULES DE RESPONSABILITAT SOCIAL. PRINCIPALS PROBLEMES QUE ES PLANTEGEN EN LA CONTRACTACIÓ PÚBLICA.**

Des de l’entrada en vigor del Decret 118/2022, de 5 d’agost, del Consell, pel qual es regula la inclusió de clàusules de responsabilitat social en la contractació pública i en les convocatòries d’ajudes i subvencions, referent a la contractació pública de l’Administració de la Generalitat i el seu sector públic instrumental, són nombroses les consultes i els dubtes generats per la seua aplicació, tant per part dels òrgans de contractació com per a les empreses interessades a obtindre un contracte públic.

El present dictamen tracta de posar de manifest la problemàtica que plantegen alguns continguts del Decret que poden fer necessària una reflexió per tal de complir els objectius marcats per la contractació estratègica en el marc de la UE i en l’aplicació de la jurisprudència nacional i comunitària sobre la matèria i recomanar les actuacions necessàries a tal fi.

Des d’este punt de vista, esta junta ja es va manifestar sobre possibles problemes d’aplicació en la tramitació del Decret en l’informe 13/2021, de 18 de febrer de 2022, si bé el text aprovat pel Consell i publicat en el DOGV el 16.08.2022 conté modificacions no recollides en el text sotmés a informe.

**Qüestions prèvies**

La Llei 18/2018, de 13 de juliol, per al foment de la responsabilitat social, establix en l’article 12:

*1. Les administracions públiques usaran la contractació pública com a instrument estratègic per a incorporar en els plecs de contractació criteris socials, ambientals, ètics, de transparència i els derivats d’altres polítiques públiques, en el marc de la normativa bàsica estatal en matèria de contractes públics.*

*La incorporació dels esmentats criteris no podrà suposar en cap cas la infracció dels principis de la contractació: igualtat, no discriminació, publicitat, lliure concurrència, actuació transparent i proporcionada i la lliure prestació de servicis.*

*2. Les administracions públiques impulsaran la contractació pública socialment responsable que incremente l’eficiència de la despesa pública i facilite la participació de petites i mitjanes empreses*

Amb estes premisses de la Llei, considerem que alguns preceptes del Decret 118/2022 (d’ara en avant, el Decret) no hi troben l’adequació.

**1. Obligatorietat d’establir un criteri d’adjudicació de responsabilitat social. La ponderació atribuïda en el Decret.**

L’article 4.1 *a*) del Decret establix que haurà d’incloure’s obligatòriament com a mínim un criteri d’adjudicació de l’annex I.

La Directiva 2014/24/UE admet l’ús de clàusules de responsabilitat social com a criteris d’adjudicació i com a condicions d’execució del contracte en els considerants 3, 37 i 104, en què exigix, d’una banda, que es faça servir d’una manera que garantisca la igualtat de tracte i no discrimine, directament o indirectament, els operadors econòmics i, d’altra banda, que estiguen vinculades a l’objecte del contracte, la qual cosa comprén tots els factors que intervenen en el procés específic de producció, prestació o comercialització però no els requisits relatius a la política general de l’empresa.

L’article 145 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (d’ara en avant, LCSP) admet la possibilitat d’incorporar clàusules de responsabilitat social com a criteris d’adjudicació, però no d’una manera il·limitada sinó complint una sèrie de requisits.

Com indica l’Informe 1/2020 de la JCCPE, efectivament, tals requisits són que la clàusula en qüestió no siga contrària a la igualtat de tracte als licitadors i a la resta dels principis de la contractació pública i que estiga vinculada a l’objecte del contracte, és a dir, quan es referisca o integre les prestacions que hagen de realitzar-se en virtut d’este contracte, en qualsevol dels seus aspectes i en qualsevol etapa del seu cicle de vida, inclosos els factors que intervenen en els processos següents:

a) En el procés específic de producció, prestació o comercialització, si és el cas, de les obres, els subministraments o els servicis, amb especial referència a formes de producció, prestació o comercialització mediambientalment i socialment sostenibles i justes;

b) O en el procés específic d’una altra etapa del seu cicle de vida, fins i tot quan estos factors no formen part de la seua substància material.

Per tant, no poden donar una llibertat d’elecció il·limitada a l’òrgan de contractació.

Però, a més a més, el mateix Decret reflectix estes qüestions, per tant admet que l’òrgan de contractació justificadament davant del possible incompliment d’estos principis podria apartar-se del que preveu l’article 4 del Decret. I no sols és que ho podria fer, sinó que hauria de fer-ho.

A més, els criteris de valoració són aquells que permeten, mitjançant una avaluació comparativa de la qualitat de les ofertes en els aspectes propis de cada criteri, ponderar-les i classificar-les adequadament. Poden ser dependents d’un juí de valor o de l’aplicació d’una fórmula. La vinculació a l’objecte del contracte no es referix a les seues qualitats intrínseques sinó a la mateixa prestació de l’objecte del contracte (STJUE 10 de maig de 2012, en l’Assumpte C- 368/10).

La *Guia per a considerar aspectes socials en les contractacions públiques*, 2a edició, de la UE (2021/C237/01), publicat en el DOUE C de 18.06.2021, indica:

*Els criteris d’adjudicació han de referir-se als productes, servicis o obres concretes que s’han d’adquirir. Això implica que no s’han de concedir (o llevar) punts a un licitador només perquè compte (o no) amb una política de responsabilitat social.*

*Si vol utilitzar els criteris socials d’adjudicació de manera efectiva, ha de pensar com els formularà, quina ponderació aplicarà i com els avaluarà.*

*Respecte de la seua formulació, s’apliquen els mateixos requisits de transparència que als altres criteris d’adjudicació. Han d’indicar-se en l’anunci de licitació o en els plecs de contractació juntament amb la seua ponderació i els subcriteris que corresponguen. Han de ser prou clars perquè tots els licitadors raonablement informats i normalment diligents els puguen entendre. Han de garantir la possibilitat d’una competència efectiva i permetre comprovar la informació facilitada pels licitadors. Finalment, han d’estar vinculats a l’objecte del contracte.*

*Quant a la ponderació, no hi ha un percentatge màxim ni mínim de punts que puga assignar als criteris socials d’adjudicació.*

D’altra banda, el Decret establix que els criteris d’adjudicació en tot cas han d’estar referits a les ofertes de les empreses o entitats licitadores i han de suposar una millora en les condicions de prestació del servici.

Per això estimem que en l’article 4 hauria d’establir la possibilitat, no l’obligatorietat, i referir-se a les condicions legítimes (per legals) per a poder establir criteris d’adjudicació de responsabilitat social. A més, a diferència de les condicions especials d’execució, estos versen sobre la prestació i aquelles sobre l’execució, en què la inclusió de clàusules de responsabilitat social és més efectiva, i que, de conformitat amb l’article 202 de l’LCSP, ha de figurar-ne necessàriament una.

Així, en el cas d’Espanya, la Comissió Nacional de la Competència en la seua *Guia sobre contractació pública i competència*, de 7 de febrer de 2011, aconsella esta fórmula. Assenyala que quan hi ha condicions que carreguen el contractista, és millor que siguen configurades com a condicions d’execució i no com a criteris d’adjudicació. I la raó per la qual es preferix esta fórmula davant de les altres es deu al fet que no cal excloure licitadors basant-se en una condició d’execució. De manera que s’entén que no es distorsiona la competència ni, en última instància, el bon funcionament del mercat.

Seguidament, analitzem la ponderació atribuïda en el Decret als criteris d’adjudicació

Així, l’article 10 del Decret establix: *Al conjunt dels criteris d’adjudicació de caràcter social, de transparència, ètics i ambientals que s’incloguen s’assignarà una ponderació entre el 30 % i el 45 % sobre el total del barem. La seua ponderació i puntuació hauran d’adaptar-se a l’objecte, al contingut i a la finalitat del contracte, i no resultar discriminatòries, de manera que faciliten la concurrència de les pimes. Excepcionalment, en aquells supòsits en què es contemple un sol criteri d’adjudicació d’esta naturalesa, la ponderació podrà ser inferior al 30 % sobre el total del barem, sense que en cap cas puga ser inferior al 20 % ateses les característiques i el contingut del contracte.*

La ponderació assignada pel Decret impedix la valoració comparativa de les ofertes dels licitadors en termes de relació qualitat-preu, de la qual també predica el Decret.

Queda poc marge d’actuació per a precisar quina obra, servici o subministrament respon a les necessitats del poder adjudicador respecte d’altres criteris qualitatius, i en absolut afavorix l’accés a les pimes a la contractació.

Cal tindre en compte que els criteris han de ser proporcionats i no discriminatoris, i tal consideració mereix un examen cas per cas del que es licita i de la finalitat als interessos públics de l’obra, servici o subministrament.

En este sentit, la Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees de 4 de desembre de 2003, en l’assumpte c-448/01, EVN AG, Wienstron GmbH, que atribuïa una ponderació de 45 % a l’electricitat produïda per energies renovables. Sobre este tema, el TJUE va assenyalar que era possible introduir una exigència que la producció d’energia en un contracte de subministrament d’electricitat provinguera de fonts renovables. I va apuntar que la valoració donada a este criteri, d’un 45 %, no era per se contrària al dret europeu. Ara bé, la configuració dels criteris no pot fer-se de tal manera que donen llibertat d’elecció al poder adjudicador.

Això significa que la introducció de criteris no econòmics és possible, però la discrecionalitat del poder adjudicador ha de restringir-se. És necessari posar límits a la valoració d’estos criteris. Així manifesta:

*“El fet que, conformement amb el criteri d’adjudicació establit, la quantitat determinant siga la que excedix del consum anual previsible fixat en la licitació, pot constituir un avantatge per als licitadors que, per la seua major capacitat de producció o de subministrament, estiguen en condicions de subministrar majors quantitats que altres. Este criteri pot, per tant, implicar una discriminació injustificada respecte dels licitadors l’oferta dels quals puga respondre plenament als requisits relacionats amb l’objecte del contracte. Tal limitació del cercle dels operadors econòmics que poden participar en la licitació produiria l’efecte de contrarestar l’objectiu d’obertura a la competència que perseguixen les directives sobre coordinació dels procediments d’adjudicació dels contractes públic.”*

En este punt, esta junta considera que no hauria d’establir-se un percentatge de ponderació obligatori.

**2. Criteris de preferència en l’adjudicació**

L’article 11 del Decret establix els criteris de desempat. En este punt recordem que l’article 147 de l’LCSP té caràcter de bàsic i, per tant, els previstos en este precepte haurien d’operar si persistix l’empat després de l’aplicació del referit precepte. Cosa que no s’especifica en el Decret.

En qualsevol cas, esta junta creu necessari fer un examen succint dels criteris a la llum dels principis de la contractació pública.

*a) Tindran preferència en l’adjudicació, quan l’empat es produïsca entre proposicions d’empreses i entitats que no estiguen legalment obligades a disposar d’un pla d’igualtat, les d’aquelles empreses i entitats que, al venciment de la presentació d’ofertes, hagen negociat amb la representació legal de les persones treballadores, si n’hi haguera, i hagen aprovat i tramitat la inscripció dels plans d’igualtat en el registre de la Comunitat Valenciana de convenis i acords col·lectius de treball o equivalent d’altres administracions, fins i tot no estant obligades legalment. Addicionalment, es valorarà que els plans d’igualtat disposen d’un certificat o distintiu de caràcter oficial o empresarial.*

El criteri estarà referit únicament a empreses de menys de 50 treballadors, amb la qual cosa es prima estes empreses davant de les empreses obligades a disposar d’un pla d’igualtat. La qual cosa trenca el principi d’igualtat i no discriminació consagrat en l’article 1.3 de l’LCSP.

*b) Tindran preferència en l’adjudicació les proposicions de les empreses que tinguen la qualificació d’entitat valenciana socialment responsable, obtinguda en la forma establida reglamentàriament en desenvolupament del títol III de la Llei 18/2018, de 13 de juliol, de la Generalitat, per al foment de la responsabilitat social.*

Este criteri de desempat novament trenca la igualtat entre els licitadors, perquè prima les empreses que tinguen la qualificació d’empreses socialment responsables per la Generalitat, davant de qui tot i complir tots els requisits de la licitació l’hagen obtinguda per una altra administració pública dins o fora del territori nacional. No preval la qualitat de l’empresa sinó on l’hauria obtingut.

*c) Tindran preferència en l’adjudicació dels contractes relatius a prestacions de caràcter social o assistencial, les proposicions de les cooperatives que tinguen la condició legal de cooperatives sense ànim de lucre i figuren inscrites com a tals en el Registre de Cooperatives de la Comunitat Valenciana o en els registres de societats cooperatives d’altres administracions, d’acord amb el que disposa en l’article 114 del Decret legislatiu 2/2015, de 15 de maig, del Consell, pel qual aprova el text refós de la Llei de cooperatives de la Comunitat Valenciana, o norma equivalent que en el futur la substituïsca, o en la normativa equivalent d’altres administracions.*

La Resolució de 20 de desembre de 2023, de la Secretaria General de Coordinació Territorial, per la qual publica l’Acord de 13 de desembre de 2023, de la Comissió Bilateral de Cooperació Administració General de l’Estat-Generalitat, en relació amb el Decret llei 4/2023, de 10 de març, del Consell, de modificació del Decret legislatiu 2/2015, de 15 de maig, del Consell, pel qual s’aprova el text refós de la Llei de cooperatives de la Comunitat Valenciana (BOE 24 de gener de 2024), respecte de l’article 111.2 *e*) sobre la preferència en l’adjudicació a les cooperatives i després de l’Acord indicat assenyala:

*“Respecte a l’article 111.2 e), el Govern de la Generalitat Valenciana es compromet a promoure la corresponent iniciativa legislativa a fi de suprimir este precepte.”*

Per tant, este criteri no hauria de persistir en el Decret.

**3**. **Anàlisi de l’annex I**

En relació amb els criteris d’adjudicació de l’annex I de caràcter social, entenem que responen a condicions especials d’execució i no a criteris de valoració de les ofertes ja que incidixen en l’execució del contracte i no en la prestació objecte del contracte.

D’altra banda, un criteri d’adjudicació de qualitat laboral referit al compromís d’establir un salari/hora per a l’execució del contracte, almenys l’establit en el conveni col·lectiu sectorial i territorial que s’aplique als treballadors i treballadores que realitzen l’activitat objecte del contracte, no és un fet objectivable, perquè deriva de la mateixa normativa nacional i, per tant, una cosa que és d’obligat compliment no pot servir de base per a adjudicar un contracte. *De facto* en el pressupost de base de licitació i en el valor estimat ha de partir-se de salaris de conveni i SMI. I es consideren ofertes desproporcionades les que oferisquen un salari inferior al marcat per conveni.

**CONCLUSIONS**

Primera. Esta junta, sobre la base de tot el que s’ha dit, recomana a la conselleria competent en matèria de responsabilitat social i contractació la modificació del Decret 118/2022, de 5 maig, almenys en els aspectes següents:

1r) L’article 4.1.*a*) hauria d’establir la possibilitat i no l’obligatorietat, i referir-se a les condicions legítimes (per legals) per a poder establir criteris d’adjudicació de responsabilitat social. A més, a diferència de les condicions especials d’execució, estos versen sobre la prestació i aquelles sobre l’execució, en què la inclusió de clàusules de responsabilitat social és més efectiva, i que, de conformitat amb l’article 202 de l’LCSP, ha de figurar-ne necessàriament una.

2n) Atés que la ponderació assignada pel Decret impedix la valoració comparativa de les ofertes dels licitadors en termes de relació qualitat-preu, de la qual també predica el Decret i, per tant, queda poc marge d’actuació per a precisar quina obra, servici o subministrament respon a les necessitats del poder adjudicador respecte d’altres criteris qualitatius, i en absolut afavorix l’accés a les pimes a la contractació, per a una possible modificació hauria de ser l’òrgan de contractació el que establira la ponderació lliurement en cada cas, atesa la prestació objecte del contracte i les necessitats a satisfer.

3r) Així mateix, els criteris d’adjudicació de l’annex I de caràcter social, entenem que responen a condicions especials d’execució i no a criteris de valoració de les ofertes perquè incidixen en l’execució del contracte i no en la prestació objecte del contracte.

4t) Els criteris de desempat o preferència en l’adjudicació establits en l’LCSP són legislació bàsica, en qualsevol cas, si persistix l’empat, els criteris establits en el Decret en l’article 11.1 *a*), *b*) i *c*) són discriminatoris, per la qual cosa s’estima que ha de donar-se una nova redacció d’acord amb els principis de la contractació pública. De més a més, respecte de la preferència en l’adjudicació a les entitats cooperatives, cal recordar que, en virtut de l’Acord de 13 de desembre de 2023, de la Comissió Bilateral de Cooperació Administració General de l’Estat-Generalitat, en relació amb el Decret llei 4/2023, de 10 de març, del Consell, de modificació del Decret legislatiu 2/2015, de 15 de maig, del Consell, pel qual s’aprova el text refós de la Llei de cooperatives de la Comunitat Valenciana, el Govern de la Generalitat Valenciana haurà de promoure la corresponent iniciativa legislativa a fi de suprimir este precepte.

Segona. Fins que puga operar la modificació del Decret, s’ha de recordar als poders adjudicadors que el Decret seguix en vigor, si bé es recomana no fer ús de les previsions que puguen ser de legalitat dubtosa.

**El present dictamen es dicta a l’empara del que disposen els articles 1.2. i 2.3 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa**

LA SECRETÀRIA

Vist i plau

EL PRESIDENT

SOTSSECRETARI D’HISENDA, ECONOMIA I

ADMINISTRACIÓ PÚBLICA

APROVAT PEL PLE DE LA JUNTA SUPERIOR

DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA el 29 de febrer **de 2024**