



Junta Superior de Contratación Administrativa  
C/ Palau,12 entresuelo - 46003 Valencia  
961 613 072  
secretaria\_JSCA@gva.es

**DICTAMEN 1/2024 DE 29 DE FEBRERO 2024. EL DECRETO 118/2022, DE 5 DE AGOSTO, DEL CONSELL, POR EL QUE SE REGULA LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS DE RESPONSABILIDAD SOCIAL. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Desde la entrada en vigor del Decreto 118/2022 de 5 de agosto, del Consell, por el que se regula la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública y en las convocatorias de ayudas y subvenciones, en lo referente a la contratación pública de la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental, son numerosas las consultas y dudas generadas por su aplicación tanto por parte de los órganos de contratación como para las empresas interesadas en obtener un contrato público.

El presente dictamen trata de poner de manifiesto la problemática que plantean algunos contenidos del Decreto que pudieren hacer necesaria una reflexión en aras a cumplir los objetivos marcados por la contratación estratégica en el marco de la UE y en la aplicación de la Jurisprudencia nacional y comunitaria sobre la materia y recomendar las actuaciones necesarias a tal fin.

Desde este punto de vista esta Junta ya se manifestó sobre posibles problemas de aplicación en la tramitación del Decreto en informe 13/2021, de 18 de febrero de 2022, si bien el texto aprobado por el Consell y publicado en el DOGV el 16.8.2022, contiene modificaciones no contempladas en el texto sometido a informe.

**Cuestiones previas.**

La Ley 18/2018 de 13 de julio, para el fomento de la responsabilidad social establece en su artículo 12

*1. Las administraciones públicas usarán la contratación pública como instrumento estratégico para incorporar en los pliegos de contratación criterios sociales, ambientales, éticos, de transparencia y los derivados de otras políticas públicas, en el marco de la normativa básica estatal en materia de contratos públicos.*

*La incorporación de los citados criterios no podrá suponer en ningún caso la infracción de los principios de la contratación: igualdad, no discriminación, publicidad, libre concurrencia, actuación transparente y proporcionada y la libre prestación de servicios.*

*2. Las administraciones públicas impulsarán la contratación pública socialmente responsable que incremente la eficiencia del gasto público y facilite la participación de pequeñas y medianas empresas*

Bajo estas premisas de la Ley, consideramos que algunos preceptos del Decreto 118/2022 (en adelante Decreto) no encuentran su adecuación a la misma.

## **1.- Obligatoriedad de establecer un criterio de adjudicación de responsabilidad social. La ponderación atribuida en el Decreto.**

El art. 4.1 a) del Decreto establece que deberá incluirse obligatoriamente como mínimo un criterio de adjudicación del Anexo I.

La Directiva 2014/24/UE admite el uso de cláusulas de responsabilidad social como criterios de adjudicación y como condiciones de ejecución del contrato en los Considerandos 3, 37 y 104 exigiendo, por un lado, que su empleo se haga de una forma que garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos y, por otro lado, que estén vinculadas al objeto del contrato, lo que comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización pero no los requisitos relativos a la política general de la empresa.

El art. 145 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ( en adelante LCSP) admite la posibilidad de incorporación de cláusulas de responsabilidad social como criterios de adjudicación, pero no de una manera ilimitada sino bajo el cumplimiento de una serie de requisitos.

Como indica el Informe 1/2020 de la JCCPE , efectivamente tales requisitos son que la cláusula en cuestión no sea contraria a la igualdad de trato a los licitadores y al resto de los principios del a contratación pública y que esté vinculada al objeto del contrato , es decir, cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;
- b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

Por tanto, no pueden dar una libertad de elección ilimitada al órgano de contratación.

Pero a mayor abundamiento el propio Decreto refleja estas cuestiones, por lo que está admitiendo que el órgano de contratación justificadamente ante el posible incumplimiento de tales principios podría apartarse de lo previsto en el art. 4. Del Decreto. Y no solo es que podría, sino que debería.

Además de lo indicado, los criterios de valoración son aquellos que permiten, mediante una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas en los aspectos propios de cada criterio, ponderar y clasificar adecuadamente aquellas. Pueden ser dependientes de un juicio de valor o de la aplicación de una fórmula. La vinculación al objeto del contrato no se refiere a sus cualidades intrínsecas sino a la propia prestación del objeto del contrato ( STJUE 10 de mayo de 2012, en el Asunto C-368/10)

La guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas 2ª edición de la UE (2021/C237/01), publicado en el DOUE C en fecha 18. 06.2021 indica

*Los criterios de adjudicación deben referirse a los productos, servicios u obras concretas que vayan a adquirirse. Esto implica que no se deben conceder (o quitar) puntos a un licitador solo porque cuente (o no) con una política de responsabilidad social.*



*Si quiere utilizar los criterios sociales de adjudicación de manera efectiva, debe pensar en cómo va a formularlos, qué ponderación aplicará y cómo los evaluará.*

*Con respecto a su formulación, se aplican los mismos requisitos de transparencia que a los demás criterios de adjudicación. Deben indicarse en el anuncio de licitación o los pliegos de contratación junto con su ponderación y los subcriterios que correspondan. Deben ser lo suficientemente claros como para que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan entenderlos. Deben garantizar la posibilidad de una competencia efectiva y permitir comprobar la información facilitada por los licitadores. Por último, deben estar vinculados al objeto del contrato*

*En cuanto a la ponderación, no existe un porcentaje máximo ni mínimo de puntos que pueda asignar a los criterios sociales de adjudicación.*

Por su parte el Decreto establece que los criterios de adjudicación en todo caso deben estar referidos a las ofertas de las empresas o entidades licitadoras y deben suponer una mejora en las condiciones de prestación del servicio.

Por ello estimamos que en el art. 4 debería establecer la posibilidad que no la obligatoriedad y referirse a las condiciones legítimas (por legales) para poder establecer criterios de adjudicación de responsabilidad social. Siendo además que, a diferencia de las condiciones especiales de ejecución, estos versan sobre la prestación y aquéllas sobre la ejecución, donde la inclusión de cláusulas de responsabilidad social es más efectiva, y que, de conformidad con el art. 202 de la LCSP, debe figurar necesariamente una.

Así, en el caso de España, la Comisión Nacional de la Competencia en su Guía sobre contratación pública y competencia de 7 de febrero de 2011, aconseja esta fórmula. Señala que cuando hay condiciones que cargan al contratista, es mejor que sean configuradas como condiciones de ejecución que como criterios de adjudicación). Y la razón por la que esta fórmula se prefiere frente a las demás se debe a que no cabe excluir a licitadores con base en una condición de ejecución. De manera que se entiende que no se distorsiona la competencia ni, en última instancia, el buen funcionamiento del mercado.

Seguidamente analizamos la ponderación atribuida en el Decreto a los criterios de adjudicación

Así el art. 10 del Decreto establece: *Al conjunto de los criterios de adjudicación de carácter social, de transparencia, éticos y ambientales que se incluyan se le asignará una ponderación entre el 30 % y el 45 % sobre el total del baremo. Su ponderación y puntuación deberán adaptarse al objeto, al contenido y a la finalidad del contrato, y no resultar discriminatorias, facilitando la concurrencia de las PYMES. Excepcionalmente, en aquellos supuestos en que se contemple un solo criterio de adjudicación de esta naturaleza, la ponderación podrá ser inferior al 30 % sobre el total del baremo, sin que en ningún caso pueda ser inferior al 20 % atendiendo a las características y contenido del contrato.*

La ponderación asignada por el Decreto impide la valoración comparativa de las ofertas de los licitadores en términos de relación calidad -precio, de la que también predica el Decreto.

Queda poco margen de actuación para precisar que obra, servicio o suministro responde a las necesidades del poder adjudicador respecto de otros criterios cualitativos, y en absoluto favorece el acceso a las PYMES a la contratación

Téngase en cuenta que los criterios deben ser proporcionados y no discriminatorios y tal consideración merece un examen caso por caso de lo que se licita y de la finalidad a los intereses públicos de la obra, servicio o suministro.

En este sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de 4 de diciembre de 2003 en el asunto c-448/01, EVN AG, Wienstron GmbH que atribuía una ponderación a de 45% a la electricidad producida por energías renovables. Al respecto, el TJUE señaló que era posible introducir una exigencia de que la producción de energía en un contrato de suministro de electricidad proviniera de fuentes renovables. Y apuntó que la valoración dada a dicho criterio, de un 45%, no era per se contraria al derecho europeo. Ahora bien, la configuración de los criterios no puede realizarse de tal manera que den libertad de elección al poder adjudicador.

Esto significa que la introducción de criterios no económicos es posible, pero la discrecionalidad del poder adjudicador debe restringirse. Es necesario poner límites a la valoración de dichos criterios. Así manifiesta:

*“El hecho de que, conforme al criterio de adjudicación establecido, la cantidad determinante sea la que excede del consumo anual previsible fijado en la licitación, puede constituir una ventaja para los licitadores que, por su mayor capacidad de producción o de suministro, estén en condiciones de suministrar mayores cantidades que otros. Este criterio puede por lo tanto implicar una discriminación injustificada respecto a los licitadores cuya oferta pueda responder plenamente a los requisitos relacionados con el objeto del contrato. Tal limitación del círculo de los operadores económicos que pueden participar en la licitación produciría el efecto de contrarrestar el objetivo de apertura a la competencia que persiguen las directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos público”.*

En este punto esta Junta considera que no debería establecerse un porcentaje de ponderación obligatorio.

## **2. Criterios de preferencia en la adjudicación.**

El art. 11 del Decreto establece los criterios de desempate. En este punto recordamos que el art. 147 de la LCSP tiene carácter de básico y por tanto los previstos en este precepto deberían operar si persiste el empate tras la aplicación del referido precepto. Lo cual no se especifica en el Decreto.

En cualquier caso, esta Junta cree necesario hacer un somero examen de los criterios a la luz de los principios de la contratación pública.

*a) Tendrán preferencia en la adjudicación, cuando el empate se produzca entre proposiciones de empresas y entidades que no estén legalmente obligadas a disponer de un plan de igualdad, las de aquellas empresas y entidades que, al vencimiento de la presentación de ofertas, hayan negociado con la representación legal de las personas trabajadoras si la hubiese, y hayan aprobado y tramitado la inscripción de los planes de igualdad en el registro de la Comunitat Valenciana de convenios y acuerdos colectivos de trabajo o equivalente de otras administraciones, aun no estando obligadas legalmente. Adicionalmente, se valorará que los planes de igualdad dispongan de un certificado o distintivo de carácter oficial o empresarial.*



El criterio vendrá referido únicamente a empresas de menos de 50 trabajadores, con lo cual se prima a estas empresas frente a las empresas obligadas a disponer de un plan de igualdad. Lo cual rompe con el principio de igualdad y no discriminación consagrada en el art. 1.3 de la LCSP.

*b) Tendrán preferencia en la adjudicación las proposiciones de las empresas que tengan la calificación de entidad valenciana socialmente responsable, obtenida en la forma establecida reglamentariamente en desarrollo del título III de la Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat, para el fomento de la responsabilidad social.*

Este criterio de desempate nuevamente rompe con la igualdad entre los licitadores, primando a las empresas que tengan la calificación de empresas socialmente responsables por la Generalitat, frente a quien cumpliendo todos los requisitos de la licitación la hubieren obtenido por otra administración pública dentro o fuera del territorio nacional. No prima la cualidad de la empresa sino dónde lo hubiera obtenido.

*c) Tendrán preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, las proposiciones de las cooperativas que tengan la condición legal de cooperativas sin ánimo de lucro y figuren inscritas como tales en el Registro de Cooperativas de la Comunitat Valenciana o en los Registros de Sociedades Cooperativas de otras Administraciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 114 del Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que aprueba el texto refundido de la Ley de cooperativas de la Comunitat Valenciana, o norma equivalente que en el futuro la sustituya, o en la normativa equivalente de otras Administraciones.*

La Resolución de 20 de diciembre de 2023, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, por la que publica el Acuerdo de 13 de diciembre de 2023, de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalitat, en relación con el Decreto-ley 4/2023, de 10 de marzo, del Consell, de modificación del Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de cooperativas de la Comunitat Valenciana, ( BOE 24 de enero de 2024), respecto del artículo 111.2 e) sobre la preferencia en la adjudicación a las cooperativas y tras el Acuerdo indicado señala

*“Respecto al artículo 111.2 e), el Gobierno de la Generalitat Valenciana se compromete a promover la correspondiente iniciativa legislativa a fin de suprimir dicho precepto.”*

Por tanto, este criterio no debería persistir en el Decreto.

### 3. Análisis del Anexo I

En relación con los criterios de adjudicación del Anexo I de carácter social, entendemos que responden a condiciones especiales de ejecución y no a criterios de valoración de las ofertas pues inciden en la ejecución del contrato y no en la prestación objeto del contrato.

De otra parte, un criterio de adjudicación de calidad laboral referido al compromiso de establecer un salario/hora para la ejecución del contrato al menos el establecido en el convenio colectivo sectorial y territorial que se aplique a los trabajadores y trabajadoras que realicen la actividad objeto del contrato, no es algo objetivable, pues deriva de la propia normativa nacional y por tanto algo que es de obligado cumplimiento no puede servir de base para adjudicar un contrato. De facto en el presupuesto de base de licitación y en el valor estimado debe partirse de salarios de convenio y SMI. Y se consideran ofertan desproporcionadas las que ofrezcan un salario inferior al marcado por convenio.

### CONCLUSIONES

Primera. - Esta Junta sobre la base de todo lo antedicho recomienda la modificación a la Conselleria competente en materia de responsabilidad social y contratación del Decreto 118/2022, de 5 mayo, al menos en los siguientes aspectos:

1º) El art. 4.1.a) debería establecer la posibilidad que no la obligatoriedad y referirse a las condiciones legítimas (por legales) para poder establecer criterios de adjudicación de responsabilidad social. Siendo además que, a diferencia de las condiciones especiales de ejecución, estos versan sobre la prestación y aquéllas sobre la ejecución, donde la inclusión de cláusulas de responsabilidad social es más efectiva, y que, de conformidad con el art. 202 de la LCSP, debe figurar necesariamente una.

2º) Dado que la ponderación asignada por el Decreto impide la valoración comparativa de las ofertas de los licitadores en términos de relación calidad -precio, de la que también predica el Decreto y, por tanto, queda poco margen de actuación para precisar que obra, servicio o suministro responde a las necesidades del poder adjudicador respecto de otros criterios cualitativos, y en absoluto favorece el acceso a las PYMES a la contratación, en aras a una posible modificación, debería ser el órgano de contratación el que estableciera la ponderación libremente en cada caso, atendiendo a la prestación objeto del contrato y las necesidades a satisfacer.

3º) Asimismo, los criterios de adjudicación del Anexo I de carácter social, entendemos que responden a condiciones especiales de ejecución y no a criterios de valoración de las ofertas pues inciden en la ejecución del contrato y no en la prestación objeto del contrato.

4º) Los criterios de desempate o preferencia en la adjudicación establecidos en la LCSP son legislación básica, en cualquier caso, si persistiere el empate, los criterios establecidos en el Decreto en el art. 11.1 a), b) y c) son discriminatorios, por lo que se estima darse una nueva redacción acorde a los principios de la contratación pública. A mayor abundamiento respecto de la preferencia en la adjudicación a las entidades cooperativas, cabe recordar que, en virtud del Acuerdo de 13 de diciembre de 2023, de la Comisión Bilateral de Cooperación



Administración General del Estado-Generalitat, en relación con el Decreto-ley 4/2023, de 10 de marzo, del Consell, de modificación del Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de cooperativas de la Comunitat Valenciana, el Gobierno de la Generalitat Valenciana deberá promover la correspondiente iniciativa legislativa a fin de suprimir dicho precepto.

Segunda. - Hasta tanto pueda operar la modificación del Decreto, se debe recordar a los poderes adjudicadores que el Decreto sigue en vigor, si bien se recomienda no hacer uso de las previsiones del mismo que puedan ser de dudosa legalidad.

**El presente Dictamen se dicta al amparo de lo dispuesto en el art 1.2. y 2.3 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa**

LA SECRETARIA

Vº Bº  
EL PRESIDENTE  
SUBSECRETARIO DE HACIENDA, ECONOMÍA Y  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

APROBADO POR EL PLENO DE LA JUNTA SUPERIOR  
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA el 29 de febrero de 2024