

alimara

Revista de Treball Social
Època 5 / número 56 / Juny 2011



Consell de
Mallorca



alimara

Núm 56

Època 5. Juny 2011

Edita: Institut d'Afers Socials
Consell de Mallorca

Coordinació i redacció:
Servei de planificació i documentació.
General Riera, 67
07010 Palma

Els articles d'aquesta revista expressen únicament l'opinió
dels seus autors.

Aspectes legals de la contractació pública amb clàusules socials

Immaculada Borràs Salas,
Cap del Servei Jurídic Administratiu
de l'IMAS

I. INTRODUCCIÓ

Contractar amb clàusules socials és un repte per a les Administracions, que solen excusar-se en la manca de concreció de la normativa per no fer-ho. Certament, la transposició que ha fet la Llei 30/2007, de contractes del sector públic (LCSP), de la Directiva 2004/18/CE respecte d'aquesta qüestió no en facilita l'aplicació. Els tècnics que, interessats per les possibilitats que ofereixen, s'hi apropen troben dificultats per introduir d'una manera pràctica les clàusules en els contractes que tramiten.

Per altra banda, cal desmuntar el tòpic que les clàusules socials només es poden aplicar a contractes de serveis o de gestió de serveis públics amb un marcat contingut social. L'experiència ens demostra que tots els contractes típics poden dur almanco una clàusula social.

Per aconseguir implantar la contractació socialment responsable en una Administració cal unir les forces de tres col·lectius: la direcció política, el personal tècnic que elabora els plecs i les persones encarregades de donar assessorament jurídic. Si algun d'aquests pilars falla, les garanties d'èxit decreixen. Sembla generalitzada l'opinió que el pilar més dèbil i més propens a fallar és el jurídic. Per

això, és necessari facilitar als serveis jurídics eines que els ajudin a comprendre millor la base legal i el sistema dissenyat per la LCSP i que, per tant, els donin confiança per aplicar les clàusules socials. Algunes de les reticències que plantegen els serveis jurídics són comprensibles, ja que els principis que regeixen la contractació pública, especialment el principi de lliure concurrència, estan tan arrelats que costa introduir novetats que, en aparença, puguin vulnerar-los. Un servei jurídic o un servei de contractació eficients no tramitaran un expedient de contractació si tenen la més mínima sospita que pugui ser impugnat. Tampoc el tramitaran si, per inseguretats a l'hora d'aplicar els mecanismes adequats per incorporar clàusules socials, prevegin que la licitació pugui quedar deserta. No hi ha res més ineficient des del punt de vista administratiu que una licitació que queda deserta o uns plecs impugnats.

II. MARC LEGAL

La Directiva 2004/18/CE, de 31 de març, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics, va assumir i regular la introducció de criteris socials clars i inequívocs en la contractació pública. En el Preàmbul ja fa tota una declaració d'intencions, i destaca aquesta qüestió com una de les novetats més interessants. Justifica aquesta inclusió en la jurisprudència del Tribunal de Justícia, en particular la relativa als criteris d'adjudicació, que aclareix les possibilitats amb què compten els poders adjudicadors per atendre les necessitats dels ciutadans sense excloure els àmbits mediambientals o socials. La Directiva enquadra de forma clara i precisa com es poden incloure aquests criteris:

- han d'estar vinculats a l'objecte del contracte
- no han d'atorgar al poder adjudicador una llibertat d'elecció il·limitada
- s'han de recollir expressament
- s'han d'atendre als principis fonamentals de lliure circulació de mercaderies, de llibertat d'establiment i de lliure prestació de serveis i els principis d'igualtat de tracte, de no discriminació, de reconeixement mutu, de proporcionalitat i de transparència.

La Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (LCSP), va incorporar en els seus propis termes i sense reserves les directrius de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de març de 2004, del Parlament Europeu i del Consell. Com recull la pròpia LCSP en el punt IV de l'Exposició de Motius, "les principals novetats afecten la previsió de mecanismes que permeten introduir en la contractació pública consideracions de tipus social i mediambiental, configurant-les com a condicions especials d'execució o com a criteris per valorar les ofertes, prefigurant una estructura que permeti acollir pautes d'adequació dels contractes a nous requeriments ètics i socials".

III. FORMES D'INCLOURE LES CLÀUSULES SOCIALS EN ELS CONTRACTES

La Directiva 2004/18/CE conté mesures que obligatòriament han d'assumir els estats membres, i d'altres que són recomanacions que els estats poden o no assumir. La LCSP segueix el mateix model ja que inclou algunes mesures que són preceptives i d'altres l'aplicació de les quals ha de decidir l'òrgan de contractació.

Els mecanismes que s'exposaran a continuació només es podran aplicar si el plec de prescripcions tècniques, que és el document de l'expedient de contractació en què es defineixen, entre d'altres qüestions, l'objecte i les característiques del contracte, les necessitats administratives a satisfer i el projecte tècnic, està redactat amb una perspectiva *social*. És en el moment de redactar aquests plecs que els tècnics responsables del contracte han de conjugar la necessitat administrativa amb una finalitat social i decidir quin clàusula social és més adient i en quin àmbit social concret volen incidir. Una vegada preses aquestes decisions, s'ha de passar a un treball conjunt amb els serveis jurídics de les administracions, que assessoraran sobre quin dels mecanismes que s'expliquen aquí és el més adequat.

Per fer-ho d'una manera lògica i sistemàtica, convé seguir l'ordre del procediment de licitació per analitzar quins mecanismes es poden utilitzar en cada fase, tot amb ple sotmetiment a la LCSP.

1. Definició de l'objecte del contracte

Com no podia ser d'altra manera, és la base de la qual s'ha de partir per poder incloure clàusules socials. La validesa legal de la resta de mecanismes està condicionada a la definició de l'objecte del contracte. És en aquest moment que l'Administració contractant ha d'aprofitar l'oportunitat de tenir en compte els aspectes socials quan descriu el producte o el servei que vol contractar i que aquesta compra de serveis, subministraments o obres es faci d'una manera socialment responsable, sempre dins els límits generals de l'interès públic, l'ordenament jurídic i els principis de bona administració. Ara bé, no basta que l'objecte del contracte inclogui referències socials, cal especificar en els plecs la definició, la concreció i el desenvolupament d'aquest objecte i establir criteris de validació i control de la consecució dels objectius. En definitiva, ha d'haver-hi coherència entre l'objecte, els plecs i el desenvolupament del contracte.

2. Solvència tècnica

Cal plantejar-se si és admissible jurídicament incorporar requisits de solvència de caràcter social i, per tant, si es pot limitar l'accés a la licitació exclusivament a les empreses o entitats que la demostrin.

Legalment es pot justificar l'exigència d'una determinada solvència tècnica quan per executar l'objecte del contracte siguin imprescindibles determinats coneixements tècnics o una experiència específica, directament relacionats amb l'objecte del contracte, mesurables mitjançant paràmetres objectius quantificables, que en permetin la comprovació. Per això és tan important definir correctament l'objecte.

En qualsevol cas, l'exigència ha de ser lògica i proporcionada respecte de les característiques del contracte. És evident que aquest mecanisme només es podrà utilitzar en contractes de prestació de serveis socials, mai en contractes d'obres o subministraments, ni en serveis amb un contingut mercantil prevalent.

Davant els dubtes que aquesta possibilitat desperta en un sector doctrinal i en alguns jurídics, no oblidem que la verificació de l'aptitud dels licitadors s'ha d'efectuar amb transparència. Des de l'anunci tots els licitadors han de conèixer tots els criteris no discriminatoris que pot utilitzar l'òrgan de contractació per seleccionar el guanyador, el nivell de capacitats específiques que exigeix i els

mitjans que els licitadors poden utilitzar per acreditar que compleixen aquests criteris. És evident que està justificat sol·licitar que els licitadors interessats en presentar-se, per exemple, a un contracte d'acompanyament en itineraris d'inserció sociolaboral de persones amb discapacitat puguin acreditar experiència prèvia en aquesta matèria concreta, si es compleixen les condicions esmentades en el paràgraf anterior.

3. Contractes reservats i reserva de mercat

La Directiva 2004/18/CE permet als estats membres reservar la participació en els procediments d'adjudicació de determinats contractes públics a tallers protegits o reservar-ne l'execució en el marc de programes d'ocupació protegida (art. 19) i ho justifica amb l'argument que l'ocupació és un element clau per garantir la igualtat d'oportunitats en benefici de tots i contribueix a la inserció en la societat. *En aquest context, els programes de tallers i ocupació protegida contribueixen eficaçment a la inserció o reinserció de persones amb discapacitat en el mercat laboral. No obstant això, en condicions normals de competència, aquests tallers poden tenir dificultats per obtenir contractes. Convé, per tant, disposar que els Estats membres puguin reservar a aquest tipus de tallers el dret a participar en els procediments d'adjudicació de contractes públics o reservar-ne l'execució en el marc de programes d'ocupació protegida.*

La transposició a la LCSP és la disposició addicional setena, que reserva la participació a centres especials d'ocupació i a programes d'ocupació protegida, quan almenys el 70% de les persones treballadores afectades siguin persones amb discapacitat, que, a causa de l'índole o la gravetat de les seves deficiències, no puguin exercir una activitat professional en condicions normals.

En aquest punt s'ha generat un debat doctrinal molt interessant sobre el motiu pel qual la disposició addicional setena només parla de centres especials d'ocupació i no d'empreses d'inserció o altres formes d'ocupació protegida, quan la Directiva utilitza un concepte molt més ampli (tallers protegits). La doctrina majoritària considera que el Parlament europeu utilitza una terminologia genèrica a consciència, ja que les formes que aquests tallers adopten a cada país són diferents. Precisament aquesta denominació genèrica ha conduït a alguns més valents a defensar que, en una aplicació analògica de la llei, aquesta reserva també es pot aplicar a empreses d'inserció. El sector doctrinal més garantista s'oposa a aquesta interpretació laxa i manté l'opinió que la literalitat de la LCSP permet sense problemes reservar la participació en aquests contractes només a centres especials d'ocupació, tot i que res no impedeix que es puguin adjudicar contractes menors a empreses d'inserció o a entitats sense ànim de lucre o convidar-les a participar en procediments negociats sense publicitat, sempre que es donin la resta de condicions que preveu la LCSP i el seu objecte social coincideixi, òbviament, amb l'objecte del contracte.

Algunes administracions han optat per una política més proactiva i han aprovat en els seus pressuposts generals o, fins i tot, en lleis autonòmiques de contractació pública una reserva de mercat, entesa com una reserva pressupostària d'un determinat percentatge de compra pública per a proveïdors socials, és a dir, empreses d'inserció, centres especials de treball, entitats no lucratives que tenen com a finalitat la inserció sociolaboral de persones en situació o risc d'exclusió i iniciatives de comerç just i consum responsable. D'aquesta manera, totes les estructures de l'Administració a les quals s'aplica la norma i el sector públic

corresponent han de reservar anualment a aquesta finalitat un import econòmic que es fixa pel departament o conselleria d'Hisenda. En el cas que no siguin centres especials d'ocupació, la reserva s'aplica només a contractes menors o negociats sense publicitat.

4. Criteris socials de valoració

Tot i que l'article 134 LCSP regula aquesta possibilitat, la manera en què està redactat en dificulta la transposició a la pràctica.

Tant el legislador com la jurisprudència comunitària han posat límits a la inclusió de criteris socials en la valoració de les ofertes. És per això que s'han d'exigir uns requisits perquè es puguin incorporar:

- no es poden incorporar amb caràcter general sinó que s'han d'adaptar a les característiques i singularitat de cada contracte
- han d'estar ineludiblement vinculats a l'objecte del contracte
- han de satisfer exigències socials de població especialment desfavorida que sigui beneficiària o usuària de les prestacions a contractar i que s'han de definir en les especificacions del contracte. El col·lectius a qui s'hauria d'adreçar són les persones desocupades, les dones, les persones amb discapacitat, les persones en situació o risc d'exclusió social i les persones en situació laboral precària.
- han d'estar relacionats amb l'execució del contracte, de manera que es valorin només els mitjans que el contractista destinarà al contracte i no el conjunt de la seva empresa o entitat
- han de ser objectius i quantificables
- s'han de ponderar i aquesta valoració ha de ser proporcional a la naturalesa i objecte de la prestació contractual i respondre a les necessitats del contracte i a l'interès públic.

La dificultat que presenta aquest mecanisme és l'obligatorietat que el criteri social vagi dirigit a satisfer exigències de persones beneficiàries o usuàries de les prestacions a contractar. No obstant això, en contractes específicament de prestacions socials no ha de ser un problema. Cal afegir, a més, que en qualsevol cas no hi ha cap impediment perquè s'incorporin com a millores i se'ls assigni una puntuació que no sigui especialment rellevant dins la puntuació total.

5. Condicions especials d'execució

Aquest és el punt en què la LCSP, a l'article 102, és més explícita i, per tant, presenta menys problemes d'aplicació. Aquesta possibilitat permet exigir condicions especials amb l'execució del contracte sempre que siguin compatibles amb el dret comunitari i s'indiquin en l'anunci de licitació o en el plec de condicions.

Aquestes condicions poden referir-se, entre d'altres, a consideracions de tipus social amb la finalitat de promoure l'ocupació de persones amb dificultats particulars d'inserció en el mercat laboral, d'eliminar les desigualtats entre l'home i la dona, de combatre l'atur, i d'altres de naturalesa similar.

Els plecs han d'indicar, igualment, que aquestes condicions d'execució tenen caràcter d'obligacions contractuals essencials i que incomplir-les donarà lloc a la rescissió del contracte o a la imposició de penalitats específiques.

No obstant això, els plecs han de preveure condicions d'execució adaptades a la realitat del mercat ja que, de no fer-ho, es corre el risc que es presentin poques ofertes o, fins i tot, que es declarin deserts els procediments de licitació.

IV. CONCLUSIONS

La incorporació de clàusules socials en la contractació pública és ajustada a dret, sempre que es respectin els límits que estableix la LCSP i els principis bàsics d'igualtat, de no discriminació i de lliure concurrència que han de regir tota la contractació pública.

En definitiva, a aquelles persones que encara es demanen si és possible aplicar clàusules socials als contractes públics els hem de contestar amb un sí rotund. A les que es demanen com ho poden fer, els hem de dir que el millor és deixar-se guiar per altres que ho hagin fet abans que elles i a les que ja ho estan fent, animar-les a compartir les seves experiències. Per això, des de l'Institut Mallorquí d'Afers Socials posam a l'abast de totes les persones interessades la nostra experiència a través del web www.imasmallorca.com, on hi penjam tots els plecs que incorporen clàusules socials.