

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



La contractació reservada a objectius socials

14-09-2018

Introducció

Avui dia *comprar* ha deixat de ser una activitat neutra. Les campanyes contra les empreses que produeixen en països amb pèssimes condicions laborals dels treballadors, les botigues de kilòmetre zero, les polèmiques sobre els aliments transgènics o l'increment de l'ús de la bicicleta urbana, són exemples que deixen clar que el consum no és neutre, sinó que cada vegada té un contingut més ideològic. No comprem només el que ens agrada o el que és més barat, ni tan sols el que té millor qualitat, sinó que comprem també segons el que creiem que és millor per altres motius socials i ambientals que, per exemple, intervenen en els processos d'elaboració i producció del que comprem.

La despesa en compra pública de la Unió Europea representa aproximadament un 18% del PIB i un 30% de la despesa de les administracions públiques. Els poders públics tenen unes obligacions envers la ciutadania que també han de complir quan compren béns i serveis en el seu nom i amb els seus diners, que comporta que la compra pública també deixi de ser neutra. Aquesta no neutralitat, però, no significa necessàriament parcialitat, però sí que ha de fer canviar el plantejament de manera que la contractació pública deixi de ser només un mecanisme perquè les administracions públiques adquireixin béns i serveis per convertir-se en una manera de fer polítiques públiques o en una política pública en si mateixa.

D'aquí sorgeix el concepte de *contractació estratègica*, entesa com la utilització de la contractació pública com una manera d'afavorir determinades polítiques públiques, tenint en compte la seva importància econòmica i social, sense oblidar que l'externalització progressiva dels serveis i les activitats públiques ha comportat que aquesta també sigui una manera rellevant de prestació de serveis a la ciutadania.

Les primeres aproximacions a la compra pública estratègica són les anomenades *clàusules ambientals*, que en forma de criteris d'adjudicació o de condicions d'execució afavoreixen la contractació de productes que no perjudiquin el medi ambient, com el paper reciclat i sense clor, o l'ús de productes de neteja ecològics en els contractes de serveis de neteja. Posteriorment, s'han

anat introduint les anomenades *clàusules socials*, que promouen la integració de col·lectius en risc d'exclusió, amb fórmules de desempat en la valoració de l'oferta, o mitjançant contractes reservats a determinades entitats que tenen per objectiu la integració social i laboral d'aquests col·lectius, als quals ens referirem en aquest apunt.

Marc legal

En relació amb la contractació reservada, la Directiva 23/24/UE, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació dels contractes de concessió, i la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, consoliden la possibilitat -ja establerta a les directives del 2004- que les administracions públiques puguin reservar el dret a participar en processos de contractació a tallers protegits i operadors econòmics que tinguin com a principal objectiu la integració social i professional de persones discapacitades o desfavorides, o disposar l'execució dels contractes en el context de programes de treball protegit, sempre que com a mínim el 30% dels treballadors dels tallers, els operadors econòmics o els programes siguin treballadors discapacitats o desfavorits.

La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives de Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (d'ara endavant LCSP), regula els contractes reservats en una disposició addicional, concretament la quarta, en els termes següents:

“1. Mitjançant un acord del Consell de Ministres o de l'òrgan competent en l'àmbit de les comunitats autònomes i de les entitats locals, s'han de fixar percentatges mínims de reserva del dret a participar en els procediments d'adjudicació de determinats contractes, o de determinats lots d'aquests, a centres especials d'ocupació d'iniciativa social i a empreses d'inserció regulades, respectivament, en el text refós de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i de la seva inclusió social, aprovada mitjançant el Reial decret legislatiu 1/2013, de 29 de novembre, i en la Llei 44/2007, de 13 de desembre, per a la regulació del règim de les empreses d'inserció, que compleixin els requisits que estableix la normativa esmentada per tenir aquesta consideració, o un percentatge mínim de reserva de l'execució d'aquests contractes en el marc de programes d'ocupació protegida, a condició que el percentatge de treballadors amb discapacitat o en situació d'exclusió social dels centres especials d'ocupació, de les empreses d'inserció o dels programes sigui el que estableix la seva normativa de referència i, en tot cas, almenys del 30%.

L'acord referit del Consell de Ministres o de l'òrgan competent en l'àmbit de les comunitats autònomes i de les entitats locals ha de fixar les condicions mínimes per garantir el compliment del que estableix el paràgraf anterior [...].”

La reserva de mercat establerta a la normativa esmentada no respon a una definició legal, sinó a un concepte estratègic en virtut del qual una administració pública decideix reservar una part de la seva contractació -ja sigui mitjançant l'establiment d'un percentatge en el nombre de contractes o mitjançant l'establiment d'una quantitat- per afavorir el desenvolupament i la consolidació de les entitats socials definides en dita normativa. La LCSP no determina les quanties que han de ser objecte d'aquesta reserva, sinó que queda a elecció de cada administració pública la quantitat que vol destinar a aquest concepte, que dependrà per tant de la voluntat política de cada institució. Així, per exemple, la Comunitat Autònoma d'Aragó fixa anualment mitjançant llei de pressupostos un percentatge de contractació reservada.

Pel que fa a l'Administració de la Generalitat de Catalunya i el seu sector públic, des de l'any 2002 el Govern aprova anualment la quantia a destinar pels departaments i el seu sector públic al foment dels objectius socials, quantia que s'ha anat augmentant progressivament fins a arribar a l'Acord de 3 de juliol de 2018, que fixa en 15 milions d'euros la quantia econòmica de la contractació reservada per aquest any. Aquest import representa un increment del 30,4% respecte, per exemple, del de l'any 2017, i suposa la consolidació de la voluntat política de la Generalitat de Catalunya d'impulsar una contractació pública estratègica.

A l'hora d'establir l'obligació per part de les administracions públiques de reservar determinats contractes a objectius socials, la disposició addicional quarta de la LCSP fa esment exprés de les entitats locals, que també han de fixar els seus percentatges de reserva social. En relació amb aquesta qüestió, darrerament la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó, en l'Informe 19/2018, de 17 de juliol, ha assenyalat que els òrgans de contractació de les entitats locals, i en general qualsevol administració o entitat del sector públic, poden acordar específicament reservar contractes o lots independentment que l'òrgan local competent hagi adoptat o no l'acord genèric de reserva ([veg. l'informe](#)).

Aspectes rellevants de la nova regulació de la contractació reservada

La regulació de la contractació reservada establerta a la disposició addicional quarta de la LCSP incorpora algunes novetats respecte a la regulació anterior, recollida a la disposició addicional cinquena del text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre.

1. D'acord amb la disposició addicional quarta de la LCSP, es poden reservar contractes o determinats lots. La LCSP no estableix, en general, una limitació respecte de les categories de contractes que poden ser objecte d'aquesta reserva. Per tant, a escala autonòmica i local, poden ser objecte de reserva social qualsevol contracte d'obres, serveis o subministraments, **sense cap limitació per categoria contractual (CPV)**.
2. La reserva del dret a participar en els procediments d'adjudicació de determinats contractes o de determinats lots s'estableix a favor de: **els centres especials de treball d'iniciativa social**, regulats en el text refós de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i de la seva inclusió social, aprovada pel Reial decret legislatiu 1/2013, de 29 de novembre; les **empreses d'inserció**, regulades per la Llei 44/2007, de 13 de desembre, per a la regulació de les empreses d'inserció i, en darrer lloc, inclou la possibilitat de fer reserva d'un percentatge mínim de l'execució d'aquests contractes en el marc de **programes de treball protegit**.

Respecte dels centres especials de treball, d'acord amb la regulació anterior, podien participar en la contractació reservada tots els centres especials de treball, mentre que amb la nova regulació únicament ho poden fer els d'iniciativa social. La LCSP defineix els centres especials de treball d'iniciativa social mitjançant la disposició final catorzena de la LCSP, que afegeix un apartat 4 a l'article 43 del text refós de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i de la seva inclusió social, aprovat pel Reial decret legislatiu 1/2013, de 29 de novembre. D'acord amb la nova regulació, són centres especials de treball d'iniciativa social:

- a) Els que compleixen els requisits dels apartats 1 i 2 de l'article 43, que són els que delimiten els requisits generals dels centres especials de treball.

b) Com a novetat, l'apartat 4 de l'article 43 afegeix com a requisits perquè aquests centres especials de treballs siguin considerats d'iniciativa social:

- Que aquests centres estiguin promoguts o participats en més del 50% directament o indirectament, per una o diverses entitats (públiques o privades), que no tinguin ànim de lucre o que tinguin reconegut el seu caràcter social als estatuts, ja siguin associacions, fundacions, corporacions de dret públic, cooperatives d'iniciativa social o altres entitats de l'economia social.
- Que la titularitat d'aquests centres correspongui a societats mercantils en les quals la majoria del seu capital social sigui propietat d'alguna de les entitats assenyalades a l'apartat anterior, ja sigui de manera directa o bé indirecta a través del concepte de societat dominant regulat a l'article 42 del Codi de comerç.

En qualsevol cas, el centres especial de treball d'iniciativa social han de recollir en els seus estatuts o en un acord social l'obligació de reinvertir íntegrament els seus beneficis per a la creació d'oportunitats de treball per a persones amb discapacitat i per a la millora contínua de la seva competitivitat i de la seva activitat d'economia social, tenint en tot cas la facultat d'optar per reinvertir-los en l'entitat mateixa o en altres centres especials de treball d'iniciativa social. A hores d'ara, la problemàtica amb la qual es troben els òrgans de contractació és la impossibilitat d'obtenir dels registres oficials de centres especials de treball la certificació del compliment dels requeriments per poder ser considerats d'iniciativa social i, per tant, hauran de ser els propis centres especial de treball els que en el moment de participar en una licitació pública declarin que reuneixen els requeriments legals per ser d'iniciativa social mitjançant declaració responsable.

3. La disposició addicional quarta estableix que els percentatges de treballadors amb discapacitat o en situació d'exclusió social dels centres especials de treball, de les empreses d'inserció o dels programes, ha de ser el que estableix la seva normativa de referència i, en tot cas, **com a mínim del 30%**.

4. L'apartat 3 de la disposició addicional quarta estableix que per a aquests procediments de contractació no és procedent exigir la **garantia definitiva** de l'article 107 de la LCSP, i que aquesta únicament es pot exigir per motius excepcionals, si l'òrgan de contractació ho considera necessari i així ho justifica i motiva a l'expedient.

5. L'**anunci de licitació** del contracte reservat ha de fer referència a la normativa que habilita dita reserva.

Altres contractes reservats

Com hem vist, d'acord amb la LCSP, una part de la contractació es pot reservar a una sèrie d'operadors amb un marcat caràcter social i els quals entre els seus objectius tinguin la inserció de persones que pertanyen a col·lectius en exclusió. Però, a més de la reserva establerta a la disposició addicional quarta de la LCSP, a la qual ens hem estat referint fins ara, de conformitat amb el que disposa l'article 77 de la Directiva 2014/24/UE, la disposició addicional 48 de la LCSP regula la possibilitat de reservar a determinades organitzacions el dret a participar en els procediments de licitacions de diverses categories de contractes de serveis de caràcter social, cultural i de salut recollits a l'annex IV de la llei.

La LCSP configura aquesta reserva amb caràcter excepcional amb els requisits següents:

1. Únicament poden ser objecte de la reserva establerta a la disposició addicional 48 les categories (CPV) de contractes de serveis de caràcter social, cultural i de salut que s'enumeren. Són els anomenats *contractes de serveis a les persones*, que es caracteritzen per la naturalesa de la prestació contractada i perquè qui rep la prestació és el mateix ciutadà o usuari.

2. La reserva només es pot efectuar a favor de determinades entitats, les quals han de reunir tots els requisits següents:

- Que tinguin per objectiu la realització d'una missió de servei públic vinculada a la prestació dels serveis establerts en dita disposició addicional.
- Que l'entitat reverteixi tots els beneficis que obtingui a aconseguir els seus objectius fundacionals o que, en cas de distribució o redistribució de beneficis, es faci sobre la base de criteris de participació.
- Que les estructures de direcció o propietat de l'entitat que executa el contracte es basin en la propietat dels treballadors, o en principis de participació, o exigeixin la participació activa dels treballadors, dels usuaris o de les parts interessades.
- Que el poder adjudicador que licita aquell contracte no hagi adjudicat a aquella entitat un contracte per aquell servei d'acord amb aquesta disposició en els tres anys precedents.

3. Aquests contractes no poden tenir una durada superior a tres anys, pròrrogues incloses.

4. L'anunci de licitació ha de fer referència a la normativa que habilita dita reserva.

En relació amb aquesta tipologia de contractes, en data 10 de juliol de 2018 el Govern de la Generalitat de Catalunya va aprovar l'Avantprojecte de llei de serveis a les persones, el qual es va remetre al Parlament per aprovar-lo en data 18 de juliol, que ja incorpora les disposicions de l'article 77 de la Directiva 2014/24/UE, en relació amb aquesta reserva.

La **contractació estratègica**, en general, i la contractació reservada, en particular, són manifestacions d'una contractació pública més responsable que deixa de costat el lucre i el criteri del preu com a referència principal i que entén la contractació pública com una altra manera de fer polítiques públiques o com una política pública en si mateixa.



Rosa Maldonado Camats

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda