

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



La integració de mesures socials en la contractació pública

20-11-2018

I. Introducció

D'acord amb l'article 1.3 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), la contractació estratègica s'ha d'integrar necessàriament en tots els procediments de contractació d'una manera transversal, ja que la seva inclusió proporciona una millor relació qualitat-preu en la prestació contractual, així com una major eficiència en la utilització dels fons públics. Des d'aquesta perspectiva estratègica, la contractació pública deixa de ser una fi en si mateixa (provisió per part dels poders públics de béns i serveis) i s'entén com a eina al servei dels poders públics per al compliment efectiu de les seves fins i polítiques públiques. La LCSP recull, per tant, aquesta dimensió estratègica de la contractació pública i així, en l'article 28.2, estableix que els poders públics han de valorar la incorporació de consideracions socials, mediambientals i d'innovació com a aspectes positius en els procediments de contractació pública.

Dins d'aquesta visió estratègica de la contractació pública, adquireixen una especial rellevància les clàusules socials, així com altres mesures establertes en la LCSP, que permeten incorporar qüestions d'ordre social i laboral en el contingut dels documents que regeixen una licitació i en el posterior contracte públic. No obstant això, cal tenir en compte que no totes les qüestions d'índole social que s'incorporen responen a aquesta visió estratègica de la compra pública; algunes no són sinó un reforç o l'establiment específic de la necessitat de donar compliment a les obligacions de tipus social i laboral establertes per la legislació vigent.

II. Mesures socials que no afegixen un valor estratègic a la contractació

La seva finalitat no és cap altra que garantir el compliment de la normativa vigent. En aquest sentit, l'article 201 de la LCSP obliga els òrgans de contractació a adoptar les mesures pertinents per garantir que en l'execució dels contractes els contractistes compleixen les obligacions legals en matèria social i laboral, entre d'altres. Des d'aquesta perspectiva, podem distingir entre mesures socials de tipus preventiu, que pretenen evitar l'adjudicació dels contractes a ofertes que no garanteixin el compliment de la normativa social i laboral, i mesures socials de caràcter reactiu.

En el plec de clàusules administratives particulars s'hauran d'haver establert els mecanismes de control de la viabilitat de les ofertes sobre la base de paràmetres de compliment social, fins i tot encara que les ofertes no es trobin incurses en presumpció de temeritat. Caldrà un examen adequat de l'estructura de l'oferta per part dels òrgans de contractació, per poder verificar, per exemple, que la baixada de preus que ofereix el licitador no obeeix a l'incompliment de dita normativa. Tot això obliga a elaborar uns plecs amb un estudi de costos adequat, per poder identificar les ofertes no viables i així garantir l'execució del contracte i evitar-ne modificacions no desitjables. En darrera instància, aquest mecanisme obligarà les empreses licitadores a presentar ofertes serioses i rigoroses.

Respecte de les ofertes incurses en presumpció de temeritat, l'article 149 de la LCSP disposa que la justificació de la viabilitat de l'oferta incursa en presumpció de temeritat es pot referir, en concret, al respecte a les obligacions que resulten aplicables en aquestes matèries. Així mateix, l'apartat 4 d'aquest article estableix que els òrgans de contractació ha de rebutjar les ofertes anormalment baixes perquè vulnereu la normativa social o laboral, nacional o internacional, incloent-hi l'incompliment dels convenis col·lectius sectorials vigents.

En darrer lloc, també cal recordar el que disposa l'article 129 de la LCSP respecte de la inclusió en els plecs de les dades sobre on poden trobar els licitadors i els candidats la informació sobre les obligacions relatives a la fiscalitat, a les disposicions sobre protecció del treball, igualtat de gènere, condicions de treball i prevenció de riscos laborals, inserció sociolaboral de persones amb risc d'exclusió, etc., que permet poder exigir als licitadors que hagin tingut en compte aquestes disposicions a l'hora d'elaborar la seva oferta, mitjançant una declaració responsable.

Pel que fa a les mesures socials de caràcter reactiu, davant l'incompliment per part del contractista de la normativa social i laboral, es poden establir en els plecs de clàusules penalitats per l'incompliment de la normativa social o laboral, establir la resolució del contracte, o la declaració de prohibició de contractar (art. 192, 201 i 71 de la LCSP). A títol d'exemple, es poden incloure en els plecs sancions per als supòsits d'incompliments o retards reiterats en el pagament dels salaris o per l'aplicació de condicions salarials inferiors a les derivades dels convenis col·lectius que siguin greus i doloses.

III. Mesures socials que afegixen un valor estratègic a la contractació

La LCSP permet introduir en els plecs altres tipus de mesures que responen al concepte de *contractació estratègica*, és a dir, que mitjançant la incorporació d'aquestes en els plecs de la licitació el que es pretén és fomentar o implementar altres polítiques públiques, com pot ser la integració de col·lectius en risc d'exclusió, la igualtat entre homes i dones, la protecció del dret al treball, etc.

En relació amb aquests instruments, cal tenir en compte que hi ha algunes limitacions:

- 1) Han de tenir una vinculació amb l'objecte del contracte, si bé aquesta es pot donar en qualsevol dels aspectes o de les fases del contracte.
- 2) No han d'atribuir a l'entitat adjudicatària una llibertat incondicional d'elecció, ja que prevalen els principis de lliure competència i d'igualtat de tracte.
- 3) No poden alterar les competències legislatives en matèria social ni vulnerar el principi de llibertat empresarial.

4) En darrer lloc, s'ha de preservar una certa proporcionalitat entre la mesura, l'objecte del contracte, el sector d'activitat, la finalitat, el contingut i la durada del contracte i el preu (art. 132 de la LCSP).

Per tot això, no és viable la inclusió amb caràcter general d'aquest tipus de mesures en tots els plecs, sinó que, com assenyala la Directiva comunitària 2014/24/UE en l'article 98, cal un examen concret de cada contracte.

En el marc de la contractació estratègica, es poden incloure mesures socials en els apartats següents:

Criteris de valoració: la possibilitat d'introduir criteris estratègics de tipus social, l'estableix l'article 145 de la LCSP. Aquests criteris de valoració s'han de referir sempre a les ofertes dels licitadors, la seva apreciació ha de ser cas per cas, i han de comportar una millora en les condicions de la prestació del contracte. L'element més destacable de la regulació actual és la flexibilització del requisit de la seva vinculació respecte de l'objecte del contracte: continua sent un requisit, però aquesta vinculació no implica que l'element objecte de la valoració s'incorpori físicament a la prestació. A més d'aquesta vinculació amb l'objecte, l'ús de criteris estratègics de caràcter social també és limitada pels principis de respecte a les polítiques empresarials, la repercussió en la qualitat de la prestació i la salvaguarda del principi de proporcionalitat.

L'article 145 de la LCSP no estableix totes les qüestions d'índole social susceptibles de generar valor des del punt de vista de la qualitat i, per tant, es poden incorporar com a criteris de valoració, si bé fa una enumeració prou àmplia que abasta la major part dels aspectes socials que a la pràctica s'incorporen com a clàusules socials. Així, a títol d'exemple, l'article 145 de la LCS parla de criteris relacionats amb la formació del personal adscrit a l'execució del contracte; l'establiment d'un pla de conciliació de la vida laboral i familiar; la millora de les condicions salarials i laborals; el foment de la igualtat entre homes i dones; la contractació de personal amb risc d'exclusió social, etc.

Condició d'execució: l'article 202 de la LCSP estableix l'obligatorietat d'incorporar, com a mínim, una condició especial d'execució del contracte, ja sigui de caràcter social, ètic, mediambiental o d'un altre ordre, sempre que estigui vinculada a l'objecte del contracte, no sigui directament o indirectament discriminatòria, sigui compatible amb el dret comunitari i s'indiqui en l'anunci i en els plecs de la licitació. Totes les condicions especials d'execució que formen part del contracte han de ser exigides també als subcontractistes que participin en la seva execució (art. 202.4 de la LCSP).

A títol merament d'exemple, l'article esmentat relaciona entre les condicions especials d'execució del contracte de caràcter social les adreçades a: fer efectius els drets reconeguts a la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de les persones amb discapacitat; eliminar les desigualtats entre homes i dones; combatre l'atur; afavorir la formació en el lloc de treball; garantir la seguretat i la protecció de la salut i el compliment dels convenis col·lectius, etc.

Plec de prescripcions tècniques: d'acord amb l'article 126.2 de la LCSP, les prescripcions tècniques es poden referir al procés o al mètode específic de producció i poden incloure disposicions de caràcter social que hauran d'estar vinculades a l'objecte del contracte i guardar

una proporció amb el valor i els objectius d'aquest. A títol d'exemple, encaixa en aquest supòsit la possibilitat d'exigir etiquetes que acreditin el compliment de qüestions socials, com les de comerç just (art. 127.2 de la LCSP).

En relació amb la introducció de mesures socials, cal recordar el Codi per a una contractació pública socialment responsable, en l'àmbit de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i el sector públic que en depèn, aprovat pel Govern de la Generalitat en data 20 de juny de 2017, al qual també es poden adherir totes les entitats locals que hi estiguin interessades ([vegeu el Codi](#)).

IV. Conclusions

La contractació pública estratègica és una oportunitat per reflexionar sobre la importància que té com a eina per implementar polítiques públiques i transformar el nostre entorn social. Per tant, la contractació pública és i ha de ser estratègica en pro del compliment dels principis socials de solidaritat derivats dels tractats de la Unió Europea i que formen part de l'interès general que persegueixen les administracions públiques en la seva actuació; cal, en conseqüència, aprofitar les possibilitats i els mecanismes tendents al foment de les polítiques socials que ara ens ofereix la nova regulació en matèria de contractació pública.



Rosa Maldonado Camats

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