

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



El poder de la compra pública per garantir els drets humans

11-12-2018

El poder de la compra pública per garantir els drets humans

Cada vegada més les administracions públiques busquen impulsar una contractació més responsable. El que anomenem *compra pública socialment responsable* o *compra pública sostenible* al·ludeix a la integració d'aspectes socials, ètics i ambientals en els processos i les fases de la contractació pública. El seu contingut uneix diferents concepcions de la contractació pública responsable, com són la compra social, la compra verda o la compra ètica, i recull característiques, fonaments i objectius de cohesió social, sostenibilitat ambiental i de respecte als drets humans.

Ja en articles anteriors d'aquest espai hem vist que una contractació pública estratègica és la via idònia per promoure valors que transcendeixen el caràcter finalista del contracte, per passar a tenir un caràcter instrumental i contribuir de manera directa a un major compromís social. En aquest sentit, la nova Llei de contractes del sector públic dona compliment a les exigències de les directives europees i reorienta la contractació pública perquè sigui una eina per planificar i dissenyar la inversió de manera que cobreixi al mateix temps les necessitats que pugui tenir l'Administració i les demandes de la societat.

L'obligació de respectar els drets humans

L'Estatut d'autonomia de Catalunya, en l'article 4, estableix que els poders públics de Catalunya han de promoure el ple exercici de les llibertats i dels drets que reconeixen aquest Estatut, la Constitució, la Unió Europea, la Declaració Universal de Drets Humans, el Conveni Europeu de Drets Humans i els altres tractats i convenis internacionals subscrits per Espanya que reconeixen i garanteixen els drets i les llibertats fonamentals.

L'organització de les Nacions Unides l'any 2011 va elaborar els *Principis rectors sobre les empreses i els drets*

humans https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf, que es fonamenten en el reconeixement de les obligacions dels estats de respectar, protegir i complir els drets humans i les llibertats fonamentals, i el paper de les empreses com a òrgans especialitzats

de la societat que desenvolupen funcions especialitzades i que han de complir totes les lleis aplicables i respectar els drets humans. Això significa que aquestes s'han d'abstenir d'infringir els drets humans de tercers i, a més, han de fer front a les conseqüències negatives sobre els drets humans en les quals tinguin alguna participació i han de prendre mesures suficients per prevenir-les, mitigar-les i, si s'escau, remeiar-les.

Els drets humans internacionalment reconeguts són els que com a mínim abasten la Carta Internacional de Drets Humans i els principis de la Declaració de l'Organització Internacional del Treball. La responsabilitat de respectar els drets humans constitueix una norma de conducta mundial aplicable a totes les empreses, on sigui que operin i siguin quins siguin la mida, el sector, el context operacional, la propietat i l'estructura que tinguin.

Un altre dels principis rectorals establerts per les Nacions Unides és que els estats han de promoure el respecte als drets humans per part de les empreses amb les quals duguin a terme transaccions comercials, per tant queda clar que les administracions públiques han de promoure aquest respecte en les empreses que contracten.

En l'àmbit concret de la contractació pública, l'aprovació de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública, representa un avanç important en les possibilitats de considerar criteris socials en les licitacions públiques i avui, per tant, de manera més fàcil, es poden incloure criteris de protecció dels drets humans en els plecs que regeixin les licitacions.

La consideració 37 de la directiva estableix que els estats membres i els poders adjudicadors han de prendre les mesures pertinents per vetllar pel compliment de les seves obligacions en els àmbits del dret ambiental, social i laboral, aplicables en el lloc que es facin les obres o es prestin els serveis, i derivades de lleis, reglaments, decrets i decisions, tant nacionals com de la Unió, així com de convenis col·lectius, sempre que dites disposicions i la seva aplicació compleixin el dret de la Unió. De la mateixa manera, les obligacions derivades d'acords internacionals ratificats s'han d'aplicar durant l'execució del contracte, sens perjudici que es puguin aplicar condicions laborals més favorables per als treballadors. En l'article 18, s'estableixen els principis de la contractació i concretament disposa que els estats membres han de prendre les mesures pertinents per garantir que en l'execució de contractes públics els operadors econòmics compleixen les obligacions aplicables en matèries ambientals, socials o laborals establertes al dret de la Unió, al dret nacional, als convenis col·lectius i a les disposicions internacionals.

Si a aquesta obligació de control hi afegim que la nova LCSP aposta per una visió estratègica de la contractació pública, ens allunya de la convicció que l'oferta més barata és sempre la millor oferta i ens apropa a conceptes com l'oferta econòmicament més avantatjosa, avaluable sobre la base de millor qualitat-preu, s'introdueixen conceptes nous com el cicle de vida i les possibilitats de vincular les clàusules socials amb l'objecte del contracte de les clàusules socials són més àmplies, i conseqüentment tenim més possibilitats de poder-les incloure en els nostres contractes.

L'any 2017, la Secretaria d'Estat d'Afers Exteriors, mitjançant la Resolució d'1 de setembre de 2017, va publicar el Pla d'Acció Nacional d'Empreses i Drets Humans

<https://www.boe.es/boe/dias/2017/09/14/pdfs/BOE-A-2017-10516.pdf>, que estableix que les administracions públiques han d'exercir una supervisió adequada amb vista a complir les seves obligacions internacionals de drets humans quan contracten els serveis d'empreses, o promulguen lleis amb aquesta finalitat que puguin tenir un impacte sobre els drets humans. En

les situacions en què es contracta amb empreses la prestació de serveis amb un possible impacte sobre el gaudi dels drets humans, la manca de garanties de respecte dels drets humans per part de les empreses que presten aquests serveis pot tenir conseqüències perjudicials per a l'Administració, no només en l'àmbit de la reputació sinó també en l'àmbit jurídic, i per això les administracions públiques han d'exercir una supervisió adequada del possible impacte sobre els drets humans quan contracten empreses per prestar serveis, tant dins com fora del territori espanyol.

Incorporació de clàusules de protecció de drets humans en les licitacions públiques

Així doncs, les empreses han de complir i respectar els drets humans, i se'ls pot i se'ls ha d'exigir aquest compliment. L'argument principal és obvi: resultaria il·lògic transferir pressupostos públics a empreses que vulnereu drets humans. L'Administració ha de demostrar coherència en utilitzar els contractes i els fons públics a favor d'empreses responsables i no desentendre's del comportament empresarial dins del marc legal de possibilitats que ens dona la normativa contractual.

Tot i l'obligació de complir els principis establerts per les Nacions Unides i pel Pla d'Acció Nacional d'Empreses i Drets Humans de l'Estat, no ha estat freqüent la inclusió en els procediments de contractació pública de criteris socials sobre el respecte als drets humans. A l'hora d'incloure clàusules socials s'ha donat prioritat a la integració de criteris ambientals o socials d'una altra índole, com ara foment de l'ocupació per a col·lectius desfavorits, protecció de desigualtats de gènere, etc., i les úniques clàusules usades vinculades als drets humans han estat les referides a exigir productes de comerç just.

Aquesta no utilització d'aquesta tipologia de clàusules respon al fet que la valoració de criteris de protecció dels drets humans en una licitació pot provocar conflictes amb els licitadors potencials que consideren que la contractació pública no està dissenyada per protegir aquests drets sinó per assolir objectius d'eficàcia i eficiència econòmica, i no veuen amb bons ulls que s'entri a valorar altres conductes de caràcter social i humà.

Enfront d'això, les administracions públiques s'han d'adonar que la contractació pública no és únicament una activitat econòmica sotmesa a les normes de lliure competència, sinó que és un instrument de política econòmica i social que ha de tenir un compromís amb la realitat social que l'envolta i, atès l'impacte que aquesta provoca en la societat, ha de ser una eina útil per garantir també el respecte als drets humans.

La competència lleial entre les empreses, molt especialment en la contractació pública, queda desvirtuada amb les operacions de frau fiscal que fan alguns operadors econòmics amb el desviament de capitals als paradisos fiscals, fet que els reporta uns guanys il·lícits. De la mateixa manera que quan hi ha un abaratiment del cost de producció per vulneració de drets humans en les cadenes de subministrament, totes aquestes vulneracions desemboquen en un trencament dels principis d'igualtat i lliure concurrència en la contractació pública i afavoreixen empreses vulneradores de drets i amb comportaments poc ètics.

S'ha de prendre consciència de l'impacte elevadíssim que té la contractació pública en la societat i per això mateix ha de ser un mitjà per assolir en coherència les polítiques públiques que es marqui una administració, s'ha de planificar i dissenyar la inversió que es farà i al mateix temps

cobrir necessitats pròpies de l'Administració i altres demandes socials. Cal incrementar l'eficiència en la despesa pública cap a un objectiu comú de protecció dels drets humans i abandonar el criteri econòmic per donar pas a finalitats solidàries i humanes.

Quant a les noves polítiques de contractació pública, s'han d'encaminar a fer un ús estratègic de la contractació, a valorar la qualitat en la selecció de proveïdors, i no només el preu, i a incorporar criteris de contractació responsable que poden ser de protecció de drets humans. Els procediments de contractació han d'integrar valoracions que promoguin un model de desenvolupament sostenible, inclusiu i de benestar social, i que vagi en coherència amb les polítiques públiques de l'Administració en les quals haurien d'estar inclosos la protecció dels drets humans. No hauria de ser tolerable que les administracions públiques contractessin empreses que vulnerin drets humans i per contribuir que això no passi el respecte als drets humans hauria de ser present en el moment inicial d'elaboració dels plecs; això no vol dir que tots els contractes hagin d'anar farcits d'aquests tipus de clàusules sinó que, com en qualsevol licitació, s'ha d'analitzar l'objecte contractual i calibrar quina tipologia de clàusula resulta adient incorporar en funció dels objectius socials o ambientals a assolir.

La LCSP inclou als contractes públics consideracions de tipus social, ambiental i d'innovació que es poden incloure tant en dissenyar criteris d'adjudicació com criteris de qualitat per avaluar la millor qualitat preu o com a condicions d'execució, si bé la introducció estarà supeditada al fet que es relacionin amb l'objecte del contracte a celebrar. En particular, en el cas de les condicions especials d'execució, la llei imposa l'obligació a l'òrgan de contractació d'establir al plec almenys una de tipus ambiental, social o d'innovació. No hi ha dubte que els contractes públics poden ser una eina per protegir els drets humans, especialment els dels treballadors i les treballadores, mitjançant l'ús de condicions específiques en els contractes per exercir influència sobre els seus proveïdors i immediats i, alhora, sobre altres empreses que participen en el procés de producció.

Cal insistir que hem de canviar la mentalitat i ja a l'inici d'una licitació, quan dissenyem el contracte, hauríem de tenir clar que amb el contracte a licitar no només volem cobrir la prestació d'un servei públic, la realització d'una obra o el subministrament d'uns béns, sinó que també volem satisfer altres necessitats. Per tant, en relació amb la protecció dels drets humans, no només ens fixarem que el producte que ens ofereixin cobreixi les necessitats que tenim, sinó que també ens assegurarem que en la cadena de producció del bé a adquirir s'han respectat les convencions fonamentals de l'OIT referides a l'edat mínima per treballar, les condicions de salubritat, la higiene laboral, la llibertat de sindicació, que la comercialització dels productes s'hagi fet sobre la base de principis de comerç just per protegir els drets i el desenvolupament de petits grups de producció, i fins i tot garantir que les empreses amb les quals contracta l'Administració no tributen els seus beneficis en coneguts paradisos fiscals.

La compra pública ha de ser un acte de responsabilitat i coherència política, ha de desplegar la seva dimensió social i no deixar-se acaparar pels interessos econòmics de les empreses. El que ens ha de moure sempre com a Administració pública és l'interès públic, l'equitat, la humanitat i la justícia social, que han de ser presents també en l'activitat econòmica de l'Administració.



Èlia Vilaseca Arqués

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública