

Contrato público y política social: posibilidades

Panticosa, 16 de septiembre de 2020
Teresa Medina Arnáiz. Universidad de Burgos tmedina@ubu.es

RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA DIMENSIÓN ESTRATÉGICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

- Desde el año 2004, se reconoce expresamente la inclusión de consideraciones sociales en los contratos públicos (Directiva 2004/18/UE). Su reconocimiento expreso permite que la compra pública, más allá de satisfacer las necesidades del órgano de contratación, pueda ser utilizada para orientar y afianzar comportamientos beneficiosos para el interés general.
- Este reconocimiento se consagra en las Directivas del 2014 (considerandos y articulado) y desde la jurisprudencia del TJUE
- Está presente en toda la Ley 9/2017 desde su primer artículo, estableciendo que la mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

AHORA BIEN ...

¿SE ESTÁ CUMPLIENDO CON EL COMETIDO DE UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIAL?

La incorporación de cláusulas sociales a los contratos públicos no resulta pacífica, ni ha sido bien aceptada por parte de algún sector al entender que supone una injerencia en la autonomía de la organización empresarial.

Tampoco –en palabras del TACRC– constituye un modelo de claridad y precisión que aporte certidumbre de cara a su aplicación, sino más bien al contrario (Resolución 660/2018, de 6 de julio).

El **difícil equilibrio** entre, por un lado, una tendencia legislativa favorable a conseguir una contratación más responsable y, por otro, las presiones para reducir el déficit público desde la rebaja del precio de los contratos públicos, es evidente.

En este año 2020, también hay que destacar la importancia de la dimensión social en la pandemia (GIMENO).

DIECISÉIS AÑOS DESPUÉS DEL RECONOCIMIENTO NORMATIVO, EN EUROPA ...

- El Consejo Europeo se ha fijado como una de las cuatro prioridades principales de su *Agenda Estratégica para el período 2019-2024* “construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social”.
- El TJUE en su sentencia de 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, apartado 38 “Los operadores económicos deben cumplir, en la ejecución del contrato, las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, (...) un requisito de este tipo constituye, en la configuración general de la citada Directiva, un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros”
- Están pendientes dos cuestiones prejudiciales que afectan a consideraciones sociales en la contratación pública en nuestro país: El asunto C-653/19 Confederación Sindical Comisiones Obreras de Euskadi, acerca de una condición especial de ejecución que garantiza las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación y el asunto C-598/19, Conacee, sobre el alcance subjetivo de la reserva contractual a favor de Centros especiales de empleo de iniciativa social

DIECISÉIS AÑOS DESPUÉS DEL RECONOCIMIENTO NORMATIVO, EN ESPAÑA ...

- Resolución 810/2020, de 10 de julio, del TACRC. Subrogación
- Resolución 549/2020, de 17 de abril, del TACRC. Criterio de adjudicación de carácter social (plan de formación). Allanamiento del órgano de contratación
- Resolución 267/2020, de 27 de febrero, del TACRC. Oferta incurra en anormalidad. Vulneración o no de las obligaciones aplicables en materia social o laboral.
- Resolución 237/2020, de 20 de febrero, del TACRC. Condición de Centro Especial de Empleo de iniciativa social
- Resolución 99/2020, de 23 de enero, del TACRC. Responsabilidad por deudas salariales y de Seguridad Social
- Resolución 74/2020, de 23 de enero, del TACRC. Condiciones especiales de ejecución (Actividades formativas)
- Resolución 33/2020, de 9 de enero, del TACRC. Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social
- Resolución 2/2020, de 9 de enero, del TACRC. Subrogación

LAS POSIBILIDADES VIENEN MARCADAS POR LOS LÍMITES IMPUESTOS POR LA NORMATIVA

Deben respetar los principios básicos de la contratación pública: principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y proporcionalidad

Deben establecerse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, y deben figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación (publicidad)

Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva (conurrencia)

Debe existir una vinculación entre la cláusula social y el objeto del contrato

LAS POSIBILIDADES VIENEN MARCADAS POR LOS LÍMITES IMPUESTOS POR LA NORMATIVA

La **vinculación al objeto del contrato** ha sido (y es) uno de los principales escollos para incorporar consideraciones sociales como criterios de adjudicación.

El TACRC sostiene que las consideraciones sociales pueden configurarse como criterios de adjudicación siempre y cuando cumplan los requisitos previstos en la LCSP, particularmente, en su artículo 145, pero mantiene una interpretación estricta respecto de la vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato que cercena las posibilidades reales de introducir criterios sociales de adjudicación. “Los aspectos sociales incorporados como criterios de adjudicación deben repercutir en el resultado de la concreta prestación solicitada permitiendo una evaluación comparativa de las ofertas respecto de su calidad intrínseca

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPM) sigue entendiendo la vinculación de una manera más flexible (Resolución 208/2019, de 22 de mayo de 2019).

¿QUÉ POSIBILIDADES TIENEN LAS CLÁUSULAS SOCIALES DE ÉXITO?

El **órgano de contratación** para cumplir con las condiciones impuestas por la normativa respecto de incorporar cláusulas sociales a su compra:

1. Debe atender a los principios básicos de la contratación.
2. Debe realizar una evaluación previa para determinar su idoneidad respecto de la prestación contractual (no todo vale).
3. Necesita justificar su inclusión en el expediente de contratación (artículo 116 LCSP). Esta justificación debe ser lo más completa posible, individualizada respecto de las consideraciones sociales que se pretenden incorporar en el concreto contrato, evitando argumentos retóricos o estereotipados y referido a la vinculación entre ambos. No basta con que se exprese en la memoria justificativa. La justificación ha de ser adecuada, lo que exige un plus de concreción (Resolución 229/2020, de 2 de julio, del Tribunal Administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía).

¿QUÉ POSIBILIDADES TIENEN LAS CLÁUSULAS SOCIALES DE ÉXITO?

- La clave del éxito también se presenta en relación con su puesta en práctica, el seguimiento y la supervisión de su ejecución.
- Los criterios sociales tienen una desventaja respecto de los criterios medioambientales pues estos cuentan con herramientas y mecanismos que ayudan al órgano de contratación respecto de concretar su “mejor relación calidad-precio”.
- Es necesario una mayor profesionalización (conocimientos respecto de las obligaciones laborales)
- El responsable del contrato tiene que estar en disposición de verificar y hacer cumplir las cláusulas incorporadas ¿agente de la autoridad?

A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

- **Atrevimiento confiado.** No todo vale. Los órganos de contratación necesitan apoyo para que hagan uso de las posibilidades que contempla el nuevo texto legal. No se trata de cumplir con el artículo 1.3 de la LCSP sin reflexionar que se pretende con la incorporación de los aspectos sociales.
- Es necesario controlar el cumplimiento y hacer uso de los mecanismos de coacción en caso de incumplimientos (penalidades, resolución, prohibición de contratar)