

CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS Y CALIDAD SOCIAL Y AMBIENTAL

José Antonio Moreno

Universidad de Castilla la Mancha



CONTEXTO INTERNACIONAL

- ▶ Recomendación de la OCDE de 2002 sobre contratación pública ecológica y creación en Marrakech de un Grupo de Estudio sobre la Contratación Sostenible
- ▶ Resolución de la Asamblea General de la ONU de 25 de septiembre de 2015, “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”

ANTECEDENTES DERECHO UE

- ▶ Libro Verde de la Comisión Europea “La contratación pública en la UE: reflexiones para el futuro”, de 1996
- ▶ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública (COM 2001, 274 final)
- ▶ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, (COM 2001, 566 final).
- ▶ Directiva clásica 2004/18

IMPORTANTE JURISPRUDENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- ▶ En la sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99), el TJUE declaró que las Directivas comunitarias sobre contratos no pueden interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa deba ser necesariamente de naturaleza meramente económica y admitió que la entidad adjudicadora utilice criterios ecológicos siempre que:
 - esté relacionado con el objeto del contrato
 - no confiera a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección,
 - se mencione expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación
 - y respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación

- ▶ STJUE Comisión v. Países Bajos, de 10 de mayo de 2012: analiza la compatibilidad con el Derecho UE de la exigencia de una etiqueta ecológica (EKO) y de una etiqueta relativa al comercio justo (MAX HAVELAAR) en el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro de té y café. Su doctrina supera las concepciones más estrictas de la vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato y entiende que no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste

- ▶ STJUE de 17 de noviembre de 2015, asunto C-115/2014, *RegioPost*, considera admisible una condición de ejecución relativa a salarios mínimos, fijada por una disposición legal para todos los contratos públicos en el ámbito territorial de un determinado Land y permite considerar superada la conocida como “jurisprudencia comunitaria antisocial” (sentencias *Rüffert*, de 3 de abril de 2008 y *Bundesdruckerei*, de 18 septiembre 2014)

IMPULSO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ▶ Comunicación de la Comisión “Contratación pública para un medio ambiente mejor” (COM 2008, 400 final), define la Contratación Pública Ecológica (CPE) como:

“un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar”

- ▶ Plan de acción de la UE para la economía circular (COM 2015, 614 final), que tiene como objetivo lograr una economía sostenible, hipocarbónica, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que el valor de los productos, los materiales y los recursos se mantengan en la economía durante el mayor tiempo posible y en la que se reduzca el mínimo la generación de residuos.

“la contratación pública puede desempeñar un papel clave en el objetivo de la economía circular, a través de sus acciones sobre contratación pública ecológica”

LA ESTRATEGIA 2020 Y EL MERCADO INTERIOR

La Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrado plantea la necesidad de que la contratación pública:

- ▶ mejore las condiciones generales que favorezcan la innovación por parte de las empresas en los mercados donde el sector público es un destacado comprador, haciendo un uso pleno de las políticas de demanda
- ▶ apoye el cambio hacia una economía que haga un uso más eficiente de los recursos (con bajas emisiones de carbono, por ejemplo) fomentando la generalización de una contratación pública ecológica, y
- ▶ mejore el entorno empresarial, en especial para las PYMES innovadoras

► Directiva 2014/24 sobre contratación pública:

“la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos”

Art. 70: “los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato ... y se indiquen en la convocatoria de la licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social o relativas al empleo”

RECEPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

- ▶ LCSP 2007 y TRLCSP 2011: como condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 118) y como criterio de valoración de las ofertas (art 150.1)
- ▶ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
- ▶ Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, que regula la eficiencia energética en las adquisiciones de las Administraciones públicas integradas en el Sector Público Estatal

- ▶ Norma Foral 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral (frente a los efectos de la reforma laboral)

Exige a todos los contratistas y subcontratistas que en la ejecución del contrato respeten las condiciones de trabajo establecidas en el Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa o de los sucesivos convenios que los revisen y que deben respetarse los costes salariales. Establece como parámetro para que las ofertas sean consideradas desproporcionadas que la cuantía del precio ofertado sea inferior a dichos costes.

- ▶ La STS de 2 de junio de 2016 (recurso 852/2015) la considera legal

- ▶ Resolución TACPA Aragón de 14 de julio de 2016 (rec. 64/2016): admite la legalidad de la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato
- ▶ Acuerdo TACR Madrid de 5 de julio de 2017 (rec. 179/2017): considera válida la exigencia de aplicar el convenio colectivo estatal de referencia
- ▶ Resolución TARC Andalucía de 23 de julio de 2015 (rec. 92/2015): admite la validez de una condición de ejecución que impone que en caso de que se produzcan nuevas contrataciones de personal, éstas deberán ser de mujeres hasta determinado porcentaje

Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid 291/2017, de 11 de octubre: requisitos de operatividad de las condiciones especiales de ejecución de los contratos

- ▶ a) previsión en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato
- b) carácter no discriminatorio de las condiciones que se establezcan
- c) exigencia respecto a la fase de ejecución del contrato (en el PCAP se configura como una obligación del contratista por lo que su cumplimiento se refiere a la fase de ejecución del contrato, siendo su incumplimiento causa de resolución de contrato)
- d) que su contenido concreto sea admisible a la luz de las directivas sobre contratación pública y la jurisprudencia del TJUE y los tribunales españoles (fundamento jurídico 5 del acuerdo 291/2017)

- ▶ Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública
- ▶ Art. 4 del Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, atribuye a la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación la elaboración del Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus Organismos Públicos y los servicios comunes y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social que deberá ser acorde con la Estrategia Nacional de Contratación Pública

➤ Art. 1.3. LCSP 2017, principios generales:

“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos”

➤ Art. 28, necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación:

- Las entidades del sector público.....valorarán la incorporación de consideraciones medioambientales... como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública

PLIEGOS

► Artículo 122, Pliegos de cláusulas administrativas particulares:

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan

Obligatoria inclusión de al menos una condición especial de ejecución del contrato social o ambiental: llega más lejos LCSP 2017 que Directiva 2014/24

- ▶ 202.1 LCSP: establece como obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una condición que se refiera a consideraciones relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social
- ▶ Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo (art. 202.4 LCSP)
- ▶ Artículo 202 LCSP 2017, límites de las condiciones especiales:
 - ▶ siempre que estén vinculadas al objeto del contrato,
 - ▶ se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos,
 - ▶ no sean directa o indirectamente discriminatorias,
 - ▶ sean compatibles con el Derecho UE

► Condiciones medioambientales:

la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero

el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato

una gestión más sostenible del agua

el fomento del uso de las energías renovables

la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables

el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica

► Condiciones sociales o relativas al empleo:

hacer efectivos los derechos de la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad;

medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo;

combatir el paro;

garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo
cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales
aplicables

garantizar el respeto a los derechos laborales básicos

favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo...

- ▶ Es posible que el contrato proteja las condiciones laborales de los trabajadores destinados a la ejecución del contrato frente a las posibilidades de “descuelgue del convenio” que permite nuestra legislación laboral
- ▶ Hay que recordar que las tres enmiendas a la LCSP aprobadas por el PP en el Senado pretendían sustituir la dicción “convenios colectivos sectoriales” por “convenios colectivos aplicables” (que podrían ser los de la propia empresa) en tres preceptos diferentes, entre ellos en el artículo 202
- ▶ Este tipo de cláusulas no limitan la competencia, sino que garantizan el principio de igualdad, ya que la ultra-actividad de los convenios produciría una alteración de las condiciones de la adjudicación, quebrándose a la vez el principio de equivalencia de las prestaciones. Y además admitir que las empresas puedan abonar salarios por debajo del convenio sectorial vigente puede implicar una ventaja competitiva para las empresas nacionales difícilmente aceptable por el Derecho UE (ISABEL GALLEGO)
- ▶ Y la precarización de las condiciones laborales repercute negativamente en la calidad de la prestación: Acuerdo TACPA Aragón de 14 de julio de 2016 (Rec. 64/2016)

Incumplimiento condiciones especiales de ejecución

- ▶ Los pliegos podrán (no deberán....) establecer penalidades, contemplar la resolución del contrato o establecer una prohibición para contratar
- ▶ Informe JCCA Aragón 1/2015, de 17 de marzo: resulta insoslayable que las cláusulas en cuestión incorporen los necesarios parámetros objetivos para determinar cuando la obligación se entiende cumplida, debiendo establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato. De otro modo, la efectividad de la cláusula quedaría a expensas de la buena voluntad del contratista

Innovación en el diseño de la licitación y nueva gobernanza

- ▶ Las condiciones especiales de ejecución como herramienta de protección del contrato (GIMENO FELIU)

IMPRESINDIBLES PARA UNA COMPRA PÚBLICA SOSTENIBLE Y EFICIENTE

Priorización de la atención a la fase de ejecución de los contratos públicos



¡¡MUCHAS GRACIAS!!

José Antonio Moreno

Universidad de Castilla la Mancha