



UNIVERSIDAD DE BURGOS

El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública

Panticosa, 19 de septiembre de 2019

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.
- 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.
- La contratación pública, aunque no está diseñada para ser un medio de fomento directo, ni de control específico de otras políticas públicas, contribuye a la aplicación de las prioridades europeas definidas en la *Estrategia Europa 2020*

RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA DIMENSIÓN ESTRATÉGICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

DIRECTIVA 2014/24/UE

- 138 considerandos, de los cuales veinte se refieren expresamente a las posibilidades de los poderes adjudicadores de utilizar la contratación en apoyo de objetivos sociales y/o medioambientales (Considerando 123)
- **Principios de la contratación.** Exigencia del cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia social, laboral o medioambiental (artículo 18.2 - Anexo X) **Especificaciones técnicas** (artículo 42); **Etiquetas** (artículo 43); **Motivos de exclusión** (artículo 57); **Criterios de adjudicación** (artículo 67); **Condiciones de ejecución del contrato** (art. 70)

RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA DIMENSIÓN ESTRATÉGICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

- Esta visión estratégica de la contratación pública está presente en toda la Ley 9/2017, máxime cuando desde su primer artículo, relativo a su objeto y finalidad, contempla sin ambages que en toda contratación pública se incorporarán de manera **transversal y preceptiva** criterios sociales y medioambientales “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” (artículo 1.3 de la LCSP).

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

“Los Estados miembros no están utilizando plenamente las posibilidades de la contratación pública como herramienta estratégica para fomentar objetivos de política social sostenibles y la innovación. Ha llegado por tanto el momento de centrarnos en la aplicación inteligente de las nuevas normas en la práctica” COM (2017) 572 final, de 3 de octubre de 2017 *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*

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

La incorporación de cláusulas sociales a los contratos públicos ni 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.

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

El hecho de que se reconozca con carácter general la posibilidad de incorporar cláusulas sociales en los contratos públicos, no supone –como ya señaló la Resolución 150/2017, de 10 de mayo, del TACPM– un “aval incondicionado” a su incorporación al contrato, sino que su reconocimiento y validez están sometidos a los límites que se establecen en la propia normativa y que deben aplicarse respecto de cada licitación.



PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN Y DESGLOSE DE COSTES SALARIALES

La vinculación con los convenios colectivos sectoriales a la hora de la determinación del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato, ha experimentado un notable cambio a raíz de la entrada en vigor de la LCSP (arts 100 y 101).

Se produce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral. Vinculación que cobra un mayor protagonismo cuando se trate de contratos, como los de servicios, donde los costes de personal pueden suponer la partida principal del gasto en el presupuesto base de licitación (artículo 100.2).

“Existe una mayor vinculación, intensidad y deber de cuidado por el respeto a la normativa laboral, del que se derivan para el órgano de contratación un deber de vigilancia que antes no existía” (RTACRC 632/2018, de 29 de junio)

PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN Y DESGLOSE DE COSTES SALARIALES

¿En todos los contratos?

En algunas de sus últimas resoluciones, el TACRC manifiesta “los contratos a que se refiere el artículo 100.2, último inciso, son solo contratos de servicios, y, además, no todos (...) excluye del ámbito del precepto los contratos en que los costes salariales solo contribuyen a determinar el precio total del contrato, pero no integran o no forman parte de ese precio como tales precios o factores determinantes del mismo” (Resoluciones 862/2019, de 25 de junio y 633/2019, de 13 de junio)

EL TACP Madrid, que en su 3/2019, de 9 de enero, admite que en el caso de los contratos de suministro “no existe razón de protección de derechos sociales que justifiquen el desglose de costes directos e indirectos”. En el contrato de suministro no existe un coste de personal directamente vinculado al objeto del contrato.

CLÁUSULAS SOCIALES COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

La Directiva 2014/24/UE incluye las características sociales como aspectos que pueden incluirse como criterios de adjudicación, y aunque se sigue exigiendo que los criterios de adjudicación estén vinculados al objeto del contrato, este requisito se flexibiliza, de forma que esta vinculación no implica que el elemento objeto de valoración se incorpore físicamente a la prestación (STJUE de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos, C-368/10).

El art. 145.2 LCSP dispone que los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos sociales e incorpora, sin carácter exhaustivo, un elenco de características sociales a las que podrán referirse los criterios de adjudicación

CLÁUSULAS SOCIALES COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN



Deben estar vinculados al objeto del contrato



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



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



Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada (distinción con los criterios cualitativos)

CLÁUSULAS SOCIALES COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

- Los **planes de igualdad de género** que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres
- Resoluciones del TACRC 719/2019, de 27 de junio; 388/2019, de 17 de abril; 378/2019, de 11 de abril de 2019
- La RTACRC 660/2018, de 6 de julio de 2018, anula un criterio de adjudicación referido a disponer de un plan de igualdad registrado en REGCON. Entiende que este criterio incumple la LCSP toda vez el mismo no está referido a su aplicación en la ejecución del contrato, sino a la empresa licitadora en su conjunto y de forma previa a la formalización del contrato.

CLÁUSULAS SOCIALES COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

- La **conciliación** de la vida laboral, personal y familiar

Resolución 8/2019, de 31 de enero de 2019, del TARCCYL (efecto discriminatorio del criterio derivado de la diversidad de composición de plantilla) y en la Resolución del TACRC 235/2019, de 8 de marzo.

La Resolución 16/2016, de 3 de febrero, del TACPM–anulada por la STSJ de Madrid, de 7 de junio de 2017– y el Acuerdo 80/2016, de 30 de agosto de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), que también admitía como criterio de adjudicación contar con un plan de conciliación en tanto que está vinculado a una mejor calidad de la prestación del servicio.

CLÁUSULAS SOCIALES COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

La mejora de las condiciones laborales y salariales STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2019 (2019\129877); de 23 de febrero de 2018 (2018\527) y de 7 de junio de 2017 (2017\741)

Resoluciones 897/2019, de 31 de julio; 344/2019, de 29 de marzo de 2019, y 234/2019, de 8 de marzo de 2019, del TACRC; la Resolución 112/2019, de 23 de abril, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público; la Resolución 78/2019, de 8 de abril de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal) y la Resolución 150/2019, de 16 de mayo de 2019, del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

CLÁUSULAS SOCIALES COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

- La **Resolución 235/2019, de 8 de marzo de 2019**, tras un extenso análisis de la normativa española y europea en esta materia mantiene un criterio estricto de vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato que cercena las posibilidades reales de introducir criterios sociales de adjudicación.
- “solo pueden establecerse como criterios de adjudicación aquellos criterios o consideraciones que permitan efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PPT). Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta, respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades”

CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

Artículo 202. Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden.

1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En todo caso, **será obligatorio** el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución

Resolución del TACRC 897/2019, de 31 de julio

“el PCAP establece como definición de persona con dificultades de acceso al mercado laboral “personas inscritas en los programas de inserción laboral del Ayuntamiento de Palma, u otros semejantes”,

A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

- **Evolución normativa.** Respaldo para avanzar hacia una contratación pública más responsable.
- **Involución interpretativa** que lleva a cercenar la posibilidad de una contratación estratégica.
- **Atrevimiento confiado.** No todo vale. Los órganos de contratación necesitan de apoyo para que hagan uso de las posibilidades que contempla el nuevo texto legal.
- Los retos se presentan en relación con su puesta en práctica, el seguimiento y la supervisión de su ejecución.