

Hacia la compra pública socialmente responsable



El gobierno aprueba un plan para impulsar la contratación pública estratégica y la compra socialmente responsable

29/05/2019

Como hemos venido explicando, la visión estratégica, tan importante para impulsar políticas de desarrollo sostenible, impulso a la innovación o consolidación de tejido empresarial de las PYMEs, se ha convertido en la LCSP en el principal eje de la contratación, avanzando hacia una visión 'más cercana' a la consideración del contrato público como inversión y no como gasto (superando la tradicional aplicación burocrática y economicista de los procedimientos de licitación pública en España) 1. El artículo 1.3 LCSP supone una clara 'innovación' sobre la comprensión práctica de la contratación pública, renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economicista para incorporar, de forma preceptiva, la visión estratégica de la contratación pública, incluyendo referencias expresas al valor social y ambiental y la protección de las PYMES. Se abandona así una visión presupuestaria de la contratación pública, que se reorienta a una perspectiva instrumental de implementación de políticas públicas 2. En especial, se refuerza la posición de los trabajadores en los contratos, estableciendo obligaciones esenciales relativas a la calidad de las condiciones de empleo y de retribución, cuyo incumplimiento puede justificar la resolución del contrato. Y se elimina la posibilidad de 'dumping' social mediante precarización de condiciones laborales al establecer la obligación de respetar los convenios sectoriales 3.

El paradigma de esta necesaria contextualización y 'readaptación' de las reglas de la contratación pública son los servicios sociales, educativos o sanitarios, en tanto se prestan servicios 'dirigidos a ciudadanos' y vinculados a prestaciones básicas que forman parte del 'núcleo' del Estado social. Y aquí la eficiencia no puede ser interpretada desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio. Esto explica porque la normativa europea habilita, por tanto, que los Estados puedan diseñar un régimen legal ad hoc para la provisión de los servicios de salud a las personas mediante sistemas singulares de contratación pública, de reserva de contratos e, incluso, de acuerdos directos con especial atención a las notas de calidad, profesionalización, solidaridad y cohesión social 4.

En este contexto, el BOE de 25 de mayo de 2019 publica el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, en su reunión del día 12 de abril de 2019, a propuesta de las Ministras de Hacienda, de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Como se señala en este Acuerdo, la 'contratación pública estratégica' constituye una aproximación novedosa a la compra pública, que trasciende la función tradicional de la contratación de dar satisfacción a las necesidades de bienes y servicios del sector público, poniendo el poder de la compra pública al servicio de otras políticas consideradas estratégicas, como la política social. Visión estratégica complementada por las exigencias de la Agenda 2030 sobre Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados por Naciones Unidas.

Dada la novedad que para los órganos de contratación presentan las previsiones de la Ley 9/2017 en materia de 'contratación pública estratégica socialmente responsable', el Plan se aprueba con la finalidad de guiar a los órganos de contratación del sector público estatal en su correcta y adecuada aplicación, dándoles de esta manera el apoyo necesario para que hagan uso de las posibilidades que contempla el nuevo texto legal, así como impulsar su utilización de manera coordinada, para de esta manera continuar avanzando de manera efectiva en el reto de lograr una contratación pública socialmente más responsable. Y para facilitar la transición hacia esta compra pública responsable, junto a concretas medidas a incluir en las licitaciones públicas, el Plan opta, con acierto, por incluir la definición de 'Contratación pública estratégica socialmente responsable': es aquella que hace referencia al proceso a través del cual los órganos de contratación del sector público estatal contratan obras, suministros o servicios o celebran contratos de concesión de obras o de concesión de servicios tomando en consideración para el diseño de la licitación, la sustanciación del procedimiento correspondiente y durante la ejecución del contrato resultante de este procedimiento, criterios sociales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2017.

Interesa la función didáctica de esta definición en tanto explica la nueva cultura de la contratación pública, que

obliga a abandonar prácticas anteriores basadas en inercias burocráticas e indebida visión economicista de la contratación pública.

Entre las medidas que se proponen se pueden destacar, como más significativas las siguientes:

El órgano de contratación, siempre que fuera posible (lo excepcional será que no lo sea y habrá que motivarlo) debe velar por la incorporación de consideraciones sociales a incluir en la licitación. Es decir, la regla general es la incorporación, como estrategia pública, de las consideraciones de compra socialmente responsable. Lo que, como señala el Acuerdo, deberá incluirse en el propio objeto del contrato.

Es posible fijar condiciones de solvencia vinculadas, en prestaciones de servicios sociales, vinculadas a esta singularidad, que ponga en acento en la mejor experiencia y localización.

En la elección de procedimiento en los contratos de concesión de servicios sociales del Anexo IV se utilizará en todo caso el procedimiento restringido. Y en contratos de servicios sociales personalísimos que tengan como característica el arraigo de al persona al entorno social se podrá utilizar el procedimiento negociado del artículo 167 LCSP. Con ello se pretende poner en valor la calidad y experiencia de las empresas que prestarán el servicio (opción que se contempla, por cierto, en la Ley 12/2018, de servicios a las personas en el ámbito social en las Islas Baleares).

Se permite excluir la exigencia de garantía definitiva en los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social. Esta medida favorece que ONGs puedan asumir la prestación de estos servicios.

Los criterios de adjudicación se deben basar en la mejor relación calidad precios (ver documento 50 criterios de calidad en contratación pública). Y en los contratos de servicios sociales deberán tenerse en cuenta la integración social o los que promuevan el empleo a personas con dificultad de inserción laboral. Interesa mucho recordar que la calidad no es un mayor gasto, ni cuestiona en si misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda licitación pública (no hay que confundir precio con valor). El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Así, la mejor calidad se interrelaciona claramente con la mejor eficiencia (y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental). Interesa, a estos efectos, recordar que desde el Derecho europeo de la contratación pública el precio no parece el elemento esencial para su configuración como contrato público. El artículo 2.1.5) de la Directiva 2014/24/EU establece que son 'contratos públicos: los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios 5'. Por ello, resulta lógico que el criterio precio tenga escasa ponderación en lo supuestos de prestación de servicios a las personas (opción incluida expresamente en el artículo 16 de la citada Ley de 15 de noviembre, de Servicios a las personas en el ámbito social en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears) 6. Los criterios -que deberán cumplir la exigencia de vinculación con el objeto del contrato; formulación objetiva con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad; que no confiera al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; y garantizar una competencia efectiva 7-, deberán ser formulados incorporando consideraciones cualitativas que incluyan alguna o algunas de las características sociales del contrato que enumera el artículo 145.2, quinto párrafo de la Ley 9/2017. Se insiste en que los criterios deben guardad preferencia con la calidad y en los contratos de servicios del Anexo IV podrán referir los criterios de adjudicación a aspectos tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza en los términos establecidos en el artículo 145 LCSP; la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos 8.

Se insiste en la necesidad de que al menos exista una condición de ejecución vinculada a la función estratégica incluidas en el artículo 202 LCSP. Con esta finalidad los pliegos deberán formular esta condición especial de manera precisa, clara e inequívoca, no siendo admisibles cláusulas de tipo general, de acuerdo con lo indicado en el artículo 211.1, letra f), segundo párrafo, de la Ley 9/2017. Y, como complemento, se insiste en la obligación de seguimiento de la ejecución del contrato, en especial si la oferta de la empresa tuvo la inicial consideración de

anormalidad. Se pretende, en suma, avanzar hacia una nueva gobernanza que ponga el acento en la correcta prestación del contrato, pues allí reside la esencia del interés público 9.

En definitiva, la nueva cultura de la contratación pública exige una nueva arquitectura anclada en la idea de la compra socialmente responsable. La utilización de criterios sociales, en tanto implican una mayor calidad de la prestación, debe servir para 'forzar una comparación de ofertas' global, y no para optar entre modelos sociales o no sociales de la oferta (así lo admite la STJUE de 10 de mayo de 2012, Comisión Europea/Reino de los Países Bajos que permite establecer como criterio de adjudicación un elemento no intrínseco del producto a suministrar, como es su procedencia del comercio justo-, para apreciar su calidad). Esto explica por qué en ciertas ocasiones la estrategia social del contrato aconseja prestar especial atención a la fase de ejecución, mediante condiciones especiales de ejecución (artículo 202 LCSP) que serán obligatoria para todo licitador que aspire a la adjudicación. Regular las retribuciones mínimas del personal y su forma de acreditación periódica, prever la obligación de subcontratación de ciertos elementos del contrato con determinados colectivos sociales (como empresas de iniciativa social), imponer penalidades contractuales que 'estimulen' el correcto cumplimiento de la sensibilidad social del contrato, son, entre otras, previsiones muy eficaces en la consolidación de una contratación socialmente responsable eficaz (sin obviar el importante efecto didáctico para extender estas propuestas al sector privado).

Por otra parte, en la visión de calidad en el cumplimiento de la prestación, las condiciones especiales de ejecución pueden ser el 'vehículo' más idóneo para implementar políticas sociales o ambientales de calidad, tal y como ya ha advertido el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 72/2016, donde, con relación a la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, este Tribunal administrativo considera legal tal opción, ya que entiende que 'no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato, y que pretende dotar de calidad a la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Justifica su argumento en la citada Sentencia TJUE de 17 de noviembre, Regio Post (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato. Y recuerda que el licitador que oferta conforme a las condiciones de un convenio colectivo, está obligado a mantener esas condiciones por cuanto la oferta es parte del pliego y los pliegos son *lex contractus* que vinculan durante su ejecución conforme al principio *pacta sunt servanda*, sin que la ultra actividad de los convenios pueda interferir en la ejecución de un contrato ya adjudicado, pues se quebraría el principio de equivalencia de las prestaciones, así como el principio de igualdad de trato entre licitadores, al alterarse las condiciones de la adjudicación'.

Como conclusión podemos recordar que la visión social de la contratación pública deviene como una exigencia de la correcta aplicación del derecho a una buena administración, pues no pueden desconocerse las exigencias de 'justicia social'. Como ya hemos venido insistiendo, es tiempo de rearmar un modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente 'numérica e insensible' sobre los resultados. Como bien advirtió la Abogado General J. KOKOTT en un procedimiento judicial en la Unión Europea, 'Aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social'. Educar el paladar de instituciones públicas y privadas y de los ciudadanos, para que pongan en valor la sostenibilidad social, es el gran reto para poder consolidar un Estado de Derecho que puede enarbolar como principal bandera la de la justicia social, objetivo fundamental del derecho a la buena administración en el siglo XXI 10.

=====

1 Sobre esta visión estratégica de la contratación pública, eje de la política europea, existe una importante literatura jurídica y económica tanto en España como en Europa. Por todos, el libro colectivo Dirigido por J. Pernas, Contratación Pública Estratégica, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 y J. M. GIMENO FELIU, El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), Aranzadi, Cizur Menor, 2014 (en especial p. 24,

donde se incluye la idea incorporada, de manera casi literal, por el artículo 1.3 LCSP).

2 Se avanza, pues, en la cultura de la contratación socialmente responsable. Cuestión en la que ya se había venido trabajando desde el Foro de contratación socialmente responsable (<http://www.conr.es>)

3 F. BLANCO LOPEZ, 'La doctrina social de los tribunales administrativos de recurso ante la contratación pública estratégica', libro col. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. XVIII, La Ley de Contratos del Sector Público, 2018, pp. 139-168 y J. M. GIMENO FELIU, 'Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites', Anuario Gobierno Local núm. 20, 2017, pp. 241-287.

4 La Comisión de la Unión Europea ha intervenido de forma activa en el fenómeno y establecimiento de un marco jurídico de la colaboración público-privada para la promoción de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, buscando en esta fórmula el menor impacto en las cuentas públicas, así como la participación del sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras y servicios públicos. En el ámbito sanitario esta colaboración, bien diseñada, y siempre desde la lógica del carácter público del modelo, puede aportar mejoras en la prestación del servicio y mayor eficiencia (al no existir ánimo de lucro). En estos casos nos encontramos ante cierta 'publificación' de la actividad privada al servicio del interés general. Vid. J.M. GIMENO FELIU, 'La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales', ob.cit., pp. 12-66.

5 J.M. GIMENO FELIU, La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones, Aranzadi, 2019, pp. 102-112.

6 el umbral máximo del 20 por ciento exigido por la Ley Balear no contradice en modo alguno la LCSP y se configura como elemento de garantía de la calidad del servicio (fin principal de cualquier decisión en materia de contratación pública). La finalidad del sistema de ponderación y consiguiente puntuación es preservar la nota de la mejor relación calidad/precio. Lo que significa que la oferta de precio más baja no siempre resulta la mejor ni, por ello, la más eficiente.

7 Estos límites fueron advertidos ya en el Acuerdo del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón 80/2016.

8 Vid. J.M. GIMENO FELIU, 'La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales' Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 52, 2018, pp. 12-66

9 Ver al respecto el libro colectivo La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada, Cámara Comercio Barcelona/Esade, Barcelona, 2019.

10 J.M. GIMENO FELIU, La Ley de Contratos del Sector Público, ob. cit., p. 341.