

CONTRACTACIÓ PÚBLICA AMB DRETS SOCIALS, AMBIENTALS I PERSPECTIVA DE GÈNERE

Guia per a la contractació
pública responsable

Redacció: Andrea Conte Santiago
Revisió: Observatori DESC

Data de publicació: Març 2020



© Associació de Drets Humans, Observatori DESC
c/ Casp 43, Baixos
08010 Barcelona

Amb el suport de:



Agència Catalana
de Cooperació
al Desenvolupament



**Generalitat
de Catalunya**

El contingut d'aquesta publicació és responsabilitat exclusiva de l'Observatori DESC i no reflecteix necessàriament l'opinió de l'Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament

Taula de continguts

INTRODUCCIÓ.....	3
UNIÓ EUROPEA I CONTRACTACIÓ PÚBLICA SOCIALMENT RESPONSABLE.....	5
CRITERIS SOCIALS, AMBIENTALS I DE GÈNERE: ELS MARGES DE LA LLEI DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA DE 2017.....	7
Introducció a la LCSP 2017.....	7
Els criteris d'adjudicació socials, ambientals i de gènere.....	10
Les condicions especials d'execució de caràcter social, ambiental i de gènere.....	12
ELS LÍMITS A LA SUCONTRACTACIÓ I ELS PAPERS DE LES EMPRESES DE L'ECONOMIA SOCIAL I SOLIDÀRIA.....	15
LA LEGISLACIÓ SECTORIAL TAMBÉ OBLIGA A LA CONTRACTACIÓ PÚBLICA RESPONSABLE.....	20
LA DIVISIÓ PER LOTS DE CONTRACTE PER FACILITAR L'ACCÉS A PETITES I MITJANES EMPRESES.....	24
LA DIALÈCTICA ENTRE LA LLIURE COMPETÈNCIA I LA CONTRACTACIÓ SOCIALMENT RESPONSABLE.....	27
PROBLEMES I ALTERNATIVES AL MODEL CONTRACTUAL.....	29
El projecte de “Llei Aragonès” i la contractació pública en el servei a les persones.....	29
La contractació pública en la gestió de l'aigua: la col·laboració público-privada.....	31
Gestió directa centralitzada: escoles infantils municipals de Pamplona.....	33
Empreses públiques i cooperatives de consum d'energia verda.....	35
CONCLUSIONS.....	38
BIBLIOGRAFIA.....	40

INTRODUCCIÓ

La contractació pública ha de ser una eina al servei dels poders públics per al compliment de les seves finalitats de redistribució, cohesió social, igualtat i justícia. Així doncs, hem de deixar de concebre-la merament com a mitjà per a l'obtenció de prestacions, obres o serveis i començar a pensar com pot ser útil per a la consecució d'objectius d'interès general.

Per “contractació pública socialment responsable” entenem la contractació pública compromesa amb la protecció dels drets humans arreu del món, tant en la vida del producte o servei com en la seva cadena d'elaboració. Alhora, potencia alternatives al model empresarial capitalista imperant, atès que beneficia estructures organitzatives compromeses amb el medi ambient i la justícia global, empreses de l'economia social i solidària o, si més no, empreses que introdueixen aquests paràmetres com a valor afegit amb un impacte real sobre la vida de la població.

És, així doncs, un pas més en enllà que l'Estratègia Europa 2020, establerta a la Comunicació de la Comissió de 2 de març de 2010, que inclou l'ús estratègic de la contractació amb caràcter transversal i obligatori, amb la finalitat que els òrgans de contractació, “utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes”, incrementar l'eficiència de la despesa pública, facilitant en particular la participació de les petites i mitjanes empreses en la contractació, tal com s'expressa en el Considerant segon de la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE (d'ara endavant, Directiva 2014/24/UE).

Segons l'Estratègia Europa 2020, la contractació pública ha de ser un instrument per aconseguir un creixement intel·ligent, sostenible i integrador. Convé preguntar-nos si parlar de “creixement sostenible”, en un context de crisi ecològica i climàtica, en el marc d'un capitalisme demolidor, no és un oxímoron. Entenem que la contractació pública socialment responsable no s'hauria d'utilitzar com a excusa o subterfugi per a la privatització de serveis públics o per l'externalització del subministrament de béns, sinó com a un primer pas per avançar cap a la seva gestió ciutadana.

Així, tenint en compte que la finalitat última és la gestió públic-comunitària dels serveis públics i l'autoabastiment dels béns de consum amb criteris de sostenibilitat i proximitat, les clàusules per introduir en el procediment de contractació són un element democratitzador dins dels límits legalment permesos, però no l'últim ni en cap cas, el definitiu. L'objectiu és, per tant, que la contractació pública ofereixi la millor relació qualitat-preu i que proporcioni millors resultats per objectius socials comuns.

El present informe és una contribució en aquest sentit, amb la voluntat de donar a conèixer breument i sense voluntat exhaustiva el marc teòric de la contractació pública socialment responsable, per tal de començar a traçar els nous límits legals a les bones pràctiques en matèria social, ambiental i digualtat gènere, que puguin servir de guia. La finalitat és que el que s'exposa pugui ser útil tant a poders adjudicadors i empreses de l'economia social i solidària, com a entitats dedicades a la incidència política en matèria de drets humans. Per aquest motiu, ens ubiquem en el terreny analític i no merament descriptiu, en l'anàlisi del marc normatiu, tant de la Unió Europea, com de la nova Llei de contractació

pública, ens centrem en la possibilitat de limitar la subcontractació i el paper que poden tenir les empreses de l'economia social i solidària, en el que diu la legislació sectorial sobre responsabilitat en la contractació, en la

possibilitat de dividir el contracte per facilitar l'accés a petites i mitjanes empreses, sense oblidar les problemàtiques i les alternatives al model contractual.

UNIÓ EUROPEA I CONTRACTACIÓ PÚBLICA SOCIALMENT RESPONSABLE

El Dret de la Unió Europea és neutral sobre la forma de gestió dels serveis públics («serveis d'interès general o d'interès econòmic general», en la terminologia de la Unió Europea) dels Estats membres. Són aquests últims els que, d'acord amb el principi de subsidiarietat en la gestió de serveis públics, establert per l'art. 5.3 del Tractat de la Unió Europea (TUE), escullen el model de gestió. El Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE) consagra el principi de neutralitat («Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros», art. 345 TFUE) i la prohibició d'accés privilegiat a les institucions financeres de les empreses públiques (art. 124 TFUE).

Tanmateix, els Tractats de la Unió Europea sí que imposen un principi general de competència, que dificultaria la gestió directa dels recursos monopolístics (com per exemple, l'aigua). No obstant això, també es preveu una excepció, relativa a què el principi de competència impedeixi el compliment de la “missió específica”, que en el cas de les empreses prestadores és el compliment de les obligacions inherents al servei públic (art. 106 TFUE) . És a dir, els Tractats fundacionals imposen un principi general de competència quan es tracta de serveis d'interès econòmic general però no quan són serveis d'interès general sense caràcter econòmic, com ho són la sanitat, l'educació, els serveis socials, etc.

El Dret de la Unió Europea mostra com, en el cas d'optar per la gestió indirecta del servei a través de la contractació pública, **la introducció de criteris socials, ambientals i de gènere no són una opció dels Estats membres, sinó una obligació**. La Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE, preveu al Considerant 101 que s'ha de donar als poders adjudicadors la possibilitat d'excloure els operadors que hagin donat mostres de no ser fiables, per exemple, perquè han incomplert les obligacions mediambientals o socials. En conseqüència, a l'article 18.2, estableix, com a principi de la contractació, que **els Estats prendran les mesures pertinents per garantir que en l'execució de contractes públics, els operadors econòmics compleixen les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral** establertes en el Dret de la Unió, el Dret nacional, els convenis col·lectius o per les disposicions de Dret internacional mediambiental, social i laboral enumerades a l'annex X.

És important destacar que d'acord amb el que hem dit que preveuen els Tractats constitutius de la Unió Europea, la Directiva 2004/18/CE de contractació pública la Unió Europea, ni tampoc la Directiva 2014/23/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació dels contractes de concessió, **no es poden interpretar com a mandats privatitzadors dels serveis públics**.

De fet, la Directiva 2014/24/UE, al seu Considerant 6 estableix que la Directiva “*Tampoco debe tratar la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas, ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios.*” . I recorda el mencionat principi de neutralitat de la Unió Europea: “*Ha de recordarse también que los Estados miembros gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales*

obligatorios o de cualquier otro servicio, como los servicios postales, los servicios de interés económico general o los servicios no económicos de interés general, o una combinación de ambos. Conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva.”

Hi ha múltiples experiències internacionals que mostren experiències d'èxit de concursos que van incorporar la responsabilitat social. Per exemple, gràcies al projecte europeu de promoció de la compra pública responsable Landmark¹, es mostren alguns exemples a la publicació “Experiències d'èxit en compra pública socialment responsable. L'ús dels recursos públics per fomentar millores laborals en les cadenes de subministrament globals”², publicada pel consorci Landmark i Setem Catalunya. A la guia s'hi citen, entre d'altres, el concurs de material informàtic convocat per Dataport, entitat pública proveïdora de materials i serveis informàtics dels organismes públics dels estats alemanys de Bremen, Hamburg i Slesvig-Holstein. Als concursos es van incorporar criteris socials basats en les convencions de l'OIT i com que el mercat global d'informàtica té una problemàtica social específica, també van introduir altres convencions. Per tal de responsabilitzar-se del seu compliment, van demanar als licitadors que presentessin una proposta que descrivís de quina manera complirien els criteris socials.

També apareix a la mateixa guia l'exemple de l'Ajuntament de Kolding, de Dinamarca, en garantir les pràctiques ètiques en la producció de roba i els serveis de bugaderia. En aquest cas, l'oferta econòmicament més avantatjosa, contenia la ponderació següent: preu (40%), qualitat (30%), servei (20%) i aspectes ètics i mediambientals (10%). En concret, l'oferta del proveïdor havia d'explicar les característiques del seu sistema de gestió, que havia de garantir, com a mínim, la traçabilitat en la cadena de subministrament, l'aplicació dels criteris ètics a la cadena de subministrament i el monitoratge i auditoria.

Així mateix, en el marc de “The Landmark project” s'ha publicat una guia sobre sistemes de verificació que es poden utilitzar en les diferents etapes del procés de contractació, que inclou sistemes de verificació que *“s'han desenvolupat i, en alguns casos, aplicat, en països europeus com ara Suècia (qüestionari de seguiment), Alemanya (declaració del licitador), els Països Baixos (transparència i revelació d'informació), Suïssa (auditories externes) i Àustria (catàleg de mesures)”*³

Després d'un breu context internacional, analitzem a continuació com trasllada la nova LCSP les previsions en l'àmbit de la contractació pública a l'Estat espanyol, tant pel que fa als serveis públics com de subministraments de béns i productes.

1 <https://landmark-project.eu/en/home/>

2 <http://www.setem.org/media/pdfs/LANDMARK2014-CAT.pdf>

3 Informe «El procés de verificació de la responsabilitat social en les cadenes de subministrament», elaborat per diverses entitats en el marc del Projecte Landmark: https://landmark-project.eu/fileadmin/files/cat/LANDMARK-guia_legal-www-cat.pdf

CRITERIS SOCIALS, AMBIENTALS I DE GÈNERE: ELS MARGES DE LA LLEI DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA DE 2017

Introducció a la LCSP 2017

La transposició de les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, va arribar tard, atès que la data màxima per a la seva transposició finalitzava a l'abril de 2016, i la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, per la que es trasposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, no es va aprovar fins l'octubre de 2017. A més, encara resta pendent transposar la Directiva 2014/25 relativa a la contractació per entitats que operen als sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals⁴. Per aquests motius, la Comissió europea ha interposat un recurs d'incompliment contra l'Estat espanyol⁵.

El Projecte de Llei que transposava a l'ordenament jurídic les Directives europees va ser presentat pel Govern del PP i va rebre 1.081 esmenes (una d'elles, a la totalitat de devolució, que va ser rebutjada) i va ser aprovat per la Comissió d'Hisenda, amb competència legislativa plena (sense passar pel Ple del Congrés), el juliol de 2017, amb 20 vots a favor (Partit Popular, Ciutadans, Esquerra Republicana i PDCat), cap en contra i 17 abstencions (PSOE i el Grup Confederal d'Unidas Podemos-En Comú Podem-En Marea)⁶.

Els objectius de la nova LCSP són, segons la seva Exposició de motius (apartat II), la **transparència** en la contractació pública i **aconseguir una millor relació qualitat-preu**. Per a la seva consecució, s'estableix l'obligació que els òrgans de contractació vetllin perquè el disseny dels criteris d'adjudicació permetin obtenir obres, subministraments i serveis de gran qualitat, concretament mitjançant la inclusió d'aspectes qualitatius, mediambientals, socials i innovadors vinculats a l'objecte del contracte.

En conseqüència, l'articulat de la LCSP inclou, d'acord amb el que exigeix la jurisprudència del TJUE, **una descripció de la relació entre el criteri d'adjudicació i l'objecte del contracte, que es formula de manera àmplia i extensiva**, en referència a les prestacions que s'han de

4 Quan s'està acabant aquesta publicació, el Congrés dels Diputats ha convalidat el Reial Decret-Llei 3/2020, de 4 de febrer, de mesures urgents per les quals s'incorporen a l'ordenament jurídic espanyol diverses directives de la Unió Europea en l'àmbit de la contractació pública en determinats sectors; d'assegurances privades; de plans i fons de pensions; de l'àmbit tributari i de litigis fiscals.

5 Moreno Molina, José Antonio. 29/04/2019. «Grave incumplimiento español del derecho de la UE por la falta de trasposición de la directiva de contratos públicos en los sectores especiales». Recuperat de <http://www.obcp.es/opiniones/grave-incumplimiento-espanol-del-derecho-de-la-ue-por-la-falta-de-trasposicion-de-la>

6 González García, Julio V. (2018). La tramitación parlamentaria de la Ley de Contratos del Sector Público. Revista Aragonesa de Administración Pública (Nº Extra 18), págs. 45-58, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6887518>, p. 48

realitzar en virtut del contracte, **en qualsevol dels seus aspectes i en qualsevol etapa del seu cicle de vida** (art. 145.6 LCSP).

A més, l'Exposició de motius fa referència a que, amb la finalitat d'afavorir el respecte cap als drets humans i en especial, **els drets laborals bàsics de les persones treballadores i petits productors de països del sud**, la Llei introdueix la possibilitat que **tant els criteris d'adjudicació com les condicions especials d'execució incorporin aspectes socials del procés de producció i comercialització** referits a les obres, subministraments o serveis que hagi de facilitar-se d'acord amb el contracte que es tracti, i menciona expressament que es podrà exigir que el procés **compleixi els principis de comerç just** que estableix la Resolució del Parlament Europeu sobre comerç just i desenvolupament (2005/2245 (INI)) en el seu apartat 2.

En concret, es contemplen dins de l'objecte del contracte els factors que intervenen en els processos específics de producció, prestació o comercialització de les obres, subministraments o els serveis, amb especial referència a **formes de producció, prestació o comercialització ambiental i socialment sostenibles i justes** (art. 145.6 a) LCSP).

Les dificultats interpretatives rauen en dilucidar què es considera un "procés específic de producció i prestació". Els considerants de la Directiva poden servir de guia, en concret, quan exposen que:

*"De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aquí **deben incluirse también los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato que se refieran al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato** que vaya a ser adjudicado. Los criterios y condiciones relativos al comercio y sus condiciones pueden referirse, por ejemplo, al hecho de que el producto de que se trate procede del **comercio justo**, incluyendo el **requisito de pagar un precio mínimo y una prima a los productores**. Entre las condiciones de ejecución de un contrato relativas a las consideraciones medioambientales pueden figurar, por ejemplo, la entrega, el embalaje y la eliminación de productos, y, en lo que se refiere a los contratos de obras y servicios, la **minimización de los residuos y la eficiencia energética**." (considerant 97).*

La Directiva 2014/24/UE aporta com a novetat (art. 77) **la possibilitat de reservar contractes a noves tipologies d'entitats sense ànim de lucre, així com cooperatives o empreses de treball associat. Tanmateix, aquesta reserva es limita en l'àmbit objectiu dels serveis socials, culturals i de salut**. La mencionada Directiva també s'ha limitat a establir aquesta possibilitat (que no obligació) pels Estats membres ("*Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar*"), que ho hauran d'incorporar a la seva normativa, i no s'estableix com una obligació directa -o una possibilitat- destinada directament als poders adjudicadors. Mitjançant la reserva de participació, l'òrgan contractant en la licitació també pot reservar-la a Centres Especials de Treball i Empreses d'Inserció.

La LCSP estableix les condicions que han de complir les organitzacions que podran optar als **contractes reservats**, com ara la reinversió dels beneficis, que les **estructures de direcció o propietat es basin en la propietat dels empleats o principis de participació** o exigeixin la participació de les persones usuàries o les parts interessades.

La reserva de contractes prevista a l'art. 99.4 b) LCSP no és una clàusula social, com ho seria la incorporació d'una clàusula que prioritzi, com a criteri de desempat, la contractació

d'empreses que contractin persones amb discapacitat o en situació d'exclusió social, prevista a l'art. 147 LCSP. Els serveis externalitzats per les Administracions locals, com ara recollida de residus, serveis culturals o socials són duts a terme en moltes ocasions per aquestes empreses d'inserció.

En l'àmbit de la contractació pública, els poders adjudicadors han de respectar els principis recollits al TFUE, motiu pel qual regeixen els principis d'igualtat de tracte, reconeixement mutu, proporcionalitat o transparència (Considerant 1 Directiva 2014/24/UE). En conseqüència, s'ha de tractar els operadors econòmics en peu d'igualtat i sense discriminacions, actuant de forma transparent, considerant-se que la competència està artificialment restringida quan la contractació s'hagi concebut per afavorir o perjudicar determinats operadors econòmics (art. 18 Directiva 2014/24 UE). D'això se'n deriva que **els criteris socials han de figurar a l'anunci del contracte, han de ser adequats, proporcionats i pertinents i no poden produir efectes discriminatoris**⁷.

Per tant, si es vol utilitzar la contractació pública amb finalitats socials, ambientals o com a part de les polítiques públiques en defensa de l'interès general, cal que es faci d'acord amb els canals que la Llei preveu, sense que es pugui utilitzar mitjans inadequats, com ara falsejar la transparència o limitar l'accés a les empreses d'un model empresarial (cooperatiu o de l'economia social, per exemple).

El TJUE s'ha pronunciat en el sentit que no es poden justificar mesures que suposin una limitació de la lliure prestació de serveis per objectius de caràcter econòmic, com la protecció d'empreses nacionals (STJUE de 24 de gener de 2002, C-164/99). Tanmateix, també ha sentenciat que es poden excepcionar legítimament les llibertats de circulació a través de mesures contra el dumping social. Sobre aquest últim punt, i d'altres, ampliarem la informació més endavant.

D'altra banda, la LCSP (art. 71) estableix que **no podran contractar amb el sector públic** els operadors econòmics que hagin estat condemnats mitjançant sentència ferma per delictes relatius a l'ordenació del territori i l'urbanisme, la protecció del patrimoni històric i el medi ambient, **haver estat sancionades amb caràcter ferm per infracció molt greu en matèria laboral o social**, entre d'altres.

El redactat d'aquest precepte legal, ens indica, tanmateix, que l'apreciació sobre la vulneració de drets per part d'una empresa no la pot fer l'òrgan de contractació, sinó que aquest s'haurà d'atendre a la sentència o sanció que imposi l'òrgan competent. Així doncs, **l'òrgan de contractació no podrà excloure del procediment a empreses acusades de vulneracions de drets humans si no disposa d'una sentència ferma o d'una sanció** que contempli les vulneracions taxades a l'article 71 LCSP.

A més, la penalitat de perdre la possibilitat de contractar amb l'Administració Pública (prevista per l'art. 186.1 b) de la Llei 58/2003, de 17 de desembre, General Tributària com a sanció accessòria a la principal) no és d'imposició obligatòria per l'Administració tributària, per tant, queda a l'apreciació de l'òrgan sancionador, que podrà imposar una multa, corresponent a una infracció, però no la sanció accessòria. D'altra banda, l'art. 71.1 d) LCSP prohibeix la

⁷ Medina Arnáiz, Teresa (2017). Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo. Publicat a *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (55-80). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. p. 70

contractació a empreses que no es troben al corrent de les seves obligacions tributàries, sense que això inclogui supòsits en què s'hagin presentat declaracions incorrectes.⁸

Els criteris d'adjudicació socials, ambientals i de gènere

La LCSP perveu introduir als plecs de contractació **criteris d'adjudicació** definits amb precisió i vinculats a l'objecte del contracte referits a qüestions socials i ambientals del procés de producció, que serviran de base per a la seva adjudicació, així com la puntuació associada. Per exemple, l'ús de productes de comerç just (que s'haurà d'acreditar mitjançant algun sistema reconegut o certificat equivalent), que les peces de roba dels uniformes estiguin fetes sense explotació laboral (a acreditar amb els certificats corresponents o equivalents), la incorporació de la perspectiva de gènere en els aspectes vinculats a l'objecte del contracte, la minimització de l'impacte ambiental, mitjançant objectius i actuacions quantificables i valorables, per exemple, en l'àmbit de les emissions o consums dels mitjans de transport, etc.

D'altra banda, i pel que fa en concret a les obligacions de caràcter salarial i de condicions laborals, la nova LCSP inclou a l'art. 122.2 LCSP, que regula el plec de clàusules administratives particulars, **l'obligació que el plec inclogui l'obligació de l'adjudicatari de complir les condicions salarials dels treballadors conforme al Conveni Col·lectiu sectorial d'aplicació**. Per tant, a partir de la seva entrada en vigor **és obligatori (i no una opció) introduir aquesta previsió com a clàusula social, atès que es tracta d'una obligació «ex lege»**.

La referència al conveni col·lectiu sectorial -i no al conveni d'empresa- pot ser un desavantatge per les persones treballadores d'empreses amb conveni propi, que estableixen condicions més favorables. Tanmateix, entenem que si es dona l'existència de conveni d'empresa, la referència s'haurà d'entendre al mateix.

La LCSP també incorpora com a novetat (art. 146 LCSP) que quan s'utilitzi només un criteri d'adjudicació haurà d'estar relacionat amb els costos i menciona expressament el preu o un criteri basat en la rendibilitat, com pot ser el cicle de vida, calculat d'acord amb l'art. 148, **que inclou els costos de tot el cicle de vida, és a dir, la fabricació o producció, el transport, l'eliminació... I es comptabilitzen els costos del consum d'energia, recollida, reciclatge**, etc.

Entre els criteris específics de desempat que regula l'art. 147 LCSP, per si després dels criteris d'adjudicació hi ha empat entre les concurrents, també hi ha consideracions de tipus socials. A més, en alguns contractes els criteris d'adjudicació relacionats amb la qualitat hauran de representar, com a mínim, el 51% de la puntuació que s'atorgui a la valoració de les ofertes (art. 145.4 LCSP).

En aquest sentit, queda enrere l'antic art. 1 del TRLCSP, que no contemplava cap d'aquestes previsions i només establia que la contractació pública es regia per l'oferta econòmicament més avantatjosa. Tanmateix, considerem que no es pot interpretar el concepte

⁸ Rodríguez Márquez, Jesús y Lesmes Zabalegui, Santiago. Intermón Oxfam «Guía práctica para impulsar una contratación pública libre de paraísos fiscales» Desembre de 2017. p. 23. Recuperat de https://web.oxfamintermon.org/minisites/zonaslibres/downloads/Guia_practica_para_una_contratacion_publica_libre_de_PF.pdf

“oferta econòmicament més avantatjosa” -un concepte que es manté en el redactat actual- com una subhasta a la baixa, atès que es pot entendre relacionat amb altres avantatges indirectes relacionats amb l'objecte del contracte i amb els fins perseguits pel sector públic.

Un exemple de **criteri d'adjudicació en l'àmbit de la contractació indefinida**, el trobem per exemple, al Plec de clàusules administratives particulars del “contracte del servei integral de neteja del nou mercat de Sant Antoni 2018-2020 amb mesures de contractació pública sostenible”, de l'Ajuntament de Barcelona:

“Contractació indefinida de les persones treballadores ocupades en l'execució del contracte; fins a un màxim de 10 punts.

Considerant el nombre mínim de persones treballadores i les categories professionals corresponents que estableix el Plec de Prestacions Tècniques, es valorarà, com a garantia d'una execució més eficient del contracte que es licita, l'estabilitat laboral al si de l'empresa de les persones treballadores que executaran el contracte.

L'empresa ha de declarar, respecte de cada persona, el nombre de dies treballats amb l'empresa amb la mateixa modalitat de contracte de treball indefinit en els darrers trenta-sis mesos anteriors a la data de finalització del termini de presentació de propostions⁹.”

Davant d'aquesta consideració, l'Institut Municipal de Mercats de Barcelona respon al dubte de si s'estan valorant que s'incorpori personal amb vinculació prèvia a l'empresa amb aquesta resposta: *“Es pretén valorar que el personal que executi el contracte tingui la major estabilitat dins de l'empresa. Per tant, es valora el nombre de dies que les persones treballadores que han d'executar el contracte han estat vinculades amb l'empresa en el període de 36 mesos previ al contracte. En conclusió, la puntuació s'obtindrà quan el personal tingui vinculació prèvia.”*¹⁰

En la contractació, en especial, de sectors feminitzats, on la precarietat dels salaris i les condicions de treball és més severa, cal que els contractes concretin les mesures de conciliació amb cobertura econòmica i de cures. L'estabilitat en el treball, en especial, si s'introdueix com a condició especial d'execució, redueix l'impacte negatiu de la temporalitat sobre els sistemes públics de la seguretat social. S'hauria de computar entre les externalitats negatives de la gestió indirecta, les condicions laborals precàries, el fet de tenir una caixa de la Seguretat Social sostinguda amb salaris baixos (i per tant, amb una recaptació via IRPF també més baixa).

Evidentment, en la introducció de criteris socials com a criteri d'adjudicació sempre s'ha de tenir en compte el principi de proporcionalitat. Tanmateix, això no significa que no es pugui atribuir una valoració alta a aquests criteris, sempre que no produeixin una “distorció injustificada”. Per exemple, la STJUE de 4 de desembre de 2003, Wienstrom (C-448/01), va considerar que l'atribució d'un coeficient de ponderació del 45% al criteri d'adjudicació ambiental “subministrament d'energia a través de fonts renovables” no era en si mateixa incompatible amb la normativa comunitària de contractació pública, atès que el criteri era útil per la protecció del medi ambient, l'objectiu està reconegut pel Dret de la Unió Europea i es donava prioritat al criteri que podia expressar-se en xifres: el preu.

⁹ Expedient Neteja integral del nou mercat de Sant Antoni
https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/notice.pscp?reqCode=viewCn&idCap=16053798&idDoc=30097407

¹⁰ Dubtes i preguntes de l'Expedient Neteja integral del nou mercat de Sant Antoni
https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/answeredQuestion.pscp?reqCode=view&cn=30097407&type=cn&answerId=31177635

Les condicions especials d'execució de caràcter social, ambiental i de gènere

La incorporació dels criteris de caràcter social o ambiental no ha d'ubicar-se només en la fase d'adjudicació. En la tramitació parlamentària de la nova LCSP es va afegir un apartat 3 a l'article 1, que estableix **de forma preceptiva ("se incorporarán") la incorporació de criteris socials i mediambientals de forma transversal en tota la contractació pública, sempre que guardi relació amb l'objecte del contracte**. Els motius d'aquesta obligació no són altres que el convenciment que la inclusió d'aquests criteris proporciona una millor relació qualitat-preu en la prestació contractual i una millor i major eficiència en l'ús dels fons públics. Així mateix, s'estableix el mandat de facilitar l'accés a la contractació de petites i mitjanes empreses, també d'empreses de l'economia social.

En conseqüència, a l'actualitat **s'imposa l'obligació a l'òrgan de contractació d'establir al plec com a mínim una de les condicions especials d'execució de tipus mediambiental, social o referides al treball**, llistades a l'art. 202.2 LCSP. Entre aquestes consideracions de tipus mediambiental a incorporar com a condicions especials d'execució, s'hi troben especialment mencionades per la Llei el foment d'ús d'energies renovables, una gestió més sostenible de l'aigua, l'impuls d'entrega de productes a granel i la producció ecològica.

Pel que fa a les consideracions socials o relatives al treball, la Llei esmenta que es podran introduir consideracions amb les finalitats -entre d'altres- de compliment dels convenis col·lectius sectorials i territorials aplicables, eliminar les desigualtats entre l'home i la dona en el mercat laboral. També, **com ja s'ha dit anteriorment, garantir que es respecten els drets laborals bàsics al llarg de la cadena de producció** mitjançant l'exigència del compliment de les Convencions fonamentals de la OIT, incloses aquelles consideracions que busquin afavorir els petits productors de països en desenvolupament, amb els que es mantenen relacions comercials que els hi són favorables tals com el pagament d'un preu mínim i una prima als productors o una major transparència i traçabilitat de tota la cadena comercial.

En definitiva, com s'ha dit abans, la principal novetat de la nova Llei és doncs que **el preu deixa de ser l'únic factor a tenir en compte en l'adjudicació dels contractes públics** i que malgrat es continua exigint que els criteris d'adjudicació socials, ambientals i de gènere estiguin vinculats a l'objecte del contracte, s'interpreta de forma més flexible, sense que impliqui que s'incorporin físicament a la prestació (art. 67.3 Directiva).

De moment, s'ha d'aprofitar la petita finestra que obre la nova LCSP per a la incorporació de criteris ambientals, socials i de gènere i estudiar com anar més enllà en els mecanismes que pot oferir la contractació pública. Si segons la Constitució, l'Estat espanyol és un Estat social i democràtic de Dret, que té com a valors superiors de l'ordenament jurídic la justícia i la igualtat (art. 1 CE), els poders públics no poden romandre apàtics o neutrals davant situacions d'injustícia social i emparar-se en la defensa de la llibertat i la propietat individuals (actitud pròpia d'un Estat liberal), sinó que han de cercar una millora de la societat i del benestar dels ciutadans, buscant un ordre social just i i cohesiu¹¹.

¹¹ Cavas Martínez, Faustino (2017). Las cláusulas sociales sobre fomento, calidad y mantenimiento del empleo en la contratación pública. Publicat a *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (261-282).

Així doncs, l'òrgan de contractació pot establir condicions especials d'execució del contracte, sempre que no incorrin amb incompatibilitats d'acord amb el dret de la Unió Europea, s'indiquin en l'anunci de licitació o en el plec de condicions. **La incorporació de clàusules socials en la fase d'execució del contracte ens garanteix per complet l'obtenció de resultats en l'àmbit social, ambiental o de gènere, atès que tots els licitadors estaran obligats a assumir el compromís del seu compliment en el moment que es presenten en el concurs i després a materialitzar les condicions d'execucions previstes als plecs.**

En canvi, si el criteri s'estableix com a criteri d'adjudicació, és a dir, en la fase de valoració de les ofertes, pot succeir que cap de les empreses licitadores que concorrin al concurs compleixin els requisits esmentats i per tant, no puguin aconseguir els punts establerts per al compliment dels criteris predefinitos.

Els requisits a introduir com a criteris d'execució no poden ser especificacions tècniques, ni relacionats amb l'aptitud dels licitadors, ni criteris d'adjudicació. Poden ser, per exemple, mesures de conciliació, plans de prevenció i protocols d'actuació en casos d'assetjament sexual... **S'han de definir als plecs del contracte correctament identificades, estipulades a l'anunci de licitació.**

Entre les condicions especials d'execució de caràcter social s'hi hauria de preveure l'obligació de respectar els drets laborals bàsics en tota la cadena de producció, mitjançant l'exigència de complir les Convencions fonamentals de l'Organització Internacional del Treball, com ara les relatives a la llibertat sindical i negociació col·lectiva, prohibició del treball forçós, de la discriminació per raó de sexe o opció sexual, etc.

Els criteris d'adjudicació i les condicions d'execució són perfectament compatibles entre si. Així, per exemple, es pot establir una condició d'execució que obligui a l'adjudicatari a ocupar a la plantilla un percentatge mínim de persones en risc d'exclusió social i preveure com a criteri d'adjudicació una valoració superior en punts de les empreses que contractin un percentatge superior al mínim establert obligatòriament com a condició d'execució. Ho veiem, per exemple, als Plecs de Deba, municipi de Guipúscoa, al País Basc¹².

*"GESTIÓN DE SERVICIO DE LIMPIEZA DE EDIFICIOS MUNICIPALES DE DEBA
- PLIEGO DE CONDICIONES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVAS -
PROCEDIMIENTO ABIERTO
(...)*

7ª. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.
(...)

*i) En la política de nuevas contrataciones **será de carácter obligatorio tener al menos un 20% de personal (y nunca menos de una persona), con dificultades de inserción socio-laboral** derivados de los servicios sociales municipales."*

Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. p. 263

12 Plec de condicions econòmic administratives. Expedient de gestió de servei de neteja d'edificis municipals de Deba (Guipúscoa, País Basc)
https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/pol_clau_criterios_adjudic/es_def/adjuntos/Ayuntamiento_Deba_Limpieza_Criterios_Adjudicacion.pdf

"13ª. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

(...)

2. Recursos humanos y experiencia: 30 puntos (A incluir en sobre B) Se valorarán los siguientes aspectos:

- **Mejoras en la política de nuevas contrataciones respecto a *personal perteneciente a colectivos con dificultades de inserción laboral (más allá del 20% obligatorio).***

ELS LÍMITS A LA SUCONTRACTACIÓ I EL PAPEL DE LES EMPRESES DE L'ECONOMIA SOCIAL I SOLIDÀRIA

Cal recordar que d'acord amb la LCSP **totes les condicions especials d'execució que formin part del contracte seran exigides igualment a tots els subcontractistes** que participin de l'execució del mateix. Les empreses contractistes han de garantir que les subcontractistes compleixen amb les condicions d'execució establertes. En aquest sentit, **les empreses subcontractistes estan obligades davant de la contractista**. Això afecta, sobretot a les condicions de temporalitat i les condicions salarials de les persones treballadores a les empreses subcontractistes, que sovint es troben en una situació de precarietat laboral.

Per primer cop, es preveu que **l'òrgan de contractació pugui incloure als plecs la possibilitat que l'Administració pugui realitzar pagaments directes als subcontractistes** (amb unes condicions legalment previstes). Si bé aquesta acció es pot veure com a positiva de cara als treballadors de l'empresa subcontractista, que sovint és una PIME, amb aquesta i altres mesures, **la nova LCSP preten afavorir la subcontractació en la contractació pública, que precaritza les condicions laborals**, introduint novetats d'interès, com ara la **supressió que contenia l'antic TRLCSP, el percentatge màxim de subcontractació d'un 60% de l'import de l'adjudicació** per al cas que els plecs no estableixin limitacions. Per tant, ja no existeix un percentatge màxim de subcontractació previst per Llei.

Tanmateix, també és cert que es limita la possibilitat de subcontractació en el contracte de concessió de serveis, assenyalant que la subcontractació només podrà recaure sobre prestacions accessòries (art. 296 LCSP) i introdueix en tots els supòsits que el contractista acrediti que el subcontractista no està incurs en cap prohibició de contractar abans de realitzar la subcontractació, entre d'altres.

Els plecs sí que poden establir que la prestació o part d'aquesta l'hagi d'executar directament l'empresa contractista o posar condicions a la subcontractació, de conformitat amb el que estableixen les lletres d) i e) de l'article 215.2 de la LCSP. Per tant, si d'acord amb aquests preceptes la subcontractació no procedeix o requereix autorització expressa de l'òrgan de contractació, cal indicar aquesta circumstància.

Als plecs es pot preveure la subcontractació d'empreses de l'economia social i solidària, per tal d'incloure els valors econòmics i socials en l'execució del contracte a través de la subcontractació de la prestació. Així, es pot afegir, com a condició d'execució, la subcontractació de la prestació, amb empreses de l'economia social, d'acord amb la definició prevista a l'art. 4 de la Llei 5/2011, de 29 de març, d'economia social.

Les empreses subcontractades han d'acreditar la solvència econòmica i tècnica, i la capacitat d'obrar requerides per executar les parts específiques de l'objecte contractual. Cal recordar que l'empresa contractista haurà de comunicar a l'òrgan de contractació les empreses

subcontractades i que la condició d'execució es pot considerar obligació essencial del contracte i per tant, el seu incompliment pot comportar l'extinció del contracte. Es pot preveure, tal i com ho fa la proposta de redactat de l'Informe del Consorci de Salut i Social de Catalunya i l'Ajuntament de Barcelona¹³, que l'empresa contractista pugui requerir assessorament i ajut a l'Administració contractant per seleccionar l'empresa d'economia social que col·labori en l'execució del contracte.

Per exemple, el contracte de serveis de l'Ajuntament de Barcelona "Serveis per a la celebració de la IV Fira de Consum Responsable i d'Economia Social i Solidària (Exp.2018/551)¹⁴", el Plec de Condicions Administratives, a la Clàusula 1, definidora de l'Objecte i el règim jurídic del contracte, el divideix en 2 Lots i esmenta que *"En l'objecte del contracte s'incorporen mesures de contractació pública sostenible"* i entre d'altres, preveu el *"Manteniment de les condicions laborals de les persones que executen el contracte durant tot el període contractual"*, la *"Possibilitat de subcontractació a empreses d'economia social"*, el *"Pagament del preu a les empreses subcontractades"*, la *"Comunicació inclusiva"*, mesures *"Ambientals: paper, material de fusta amb procedència d'explotacions forestals sostenibles"* i *"Mesures de paritat de gènere"*.

I seguidament, a la "Clàusula 20. Condicions especials d'execució i obligacions de l'empresa contractista", pel que fa a la subcontractació d'empreses de l'economia social, es preveu:

"LOT 1 A l'efecte de garantir una millor eficiència del contracte i incorporar els valors tècnics, socials i ètics de l'economia social, s'estableix com a condició especial d'execució la possibilitat de subcontractació de l'objecte contractual, segons la descripció tècnica i justificació que es realitza en el Plec de Prescripcions Tècniques (PPT) amb empreses d'economia social, segons es defineixen en l'article 4 de la Llei 5/2011, de 29 de març, d'economia social.

Les empreses d'economia social que la contractista proposi subcontractar no poden tenir dependència amb ella mateixa i han d'acreditar la solvència econòmica i tècnica i la capacitat d'obrar requerides per executar les parts específiques de l'objecte contractual.

La contractista ha de comunicar a l'òrgan de contractació, en els deu dies hàbils posteriors a la data de formalització del contracte, l'empresa o les empreses subcontractades.

La contractista pot requerir assessorament i l'ajut de BARCELONA ACTIVA SAU SPM per seleccionar l'empresa d'economia social que col·labori en l'execució del contracte.

En el Perfil de Contractant de BARCELONA ACTIVA SAU SPM es troba el Protocol amb el procediment d'aplicació de la Clàusula Social de subcontractació amb empreses d'economia social.

L'incompliment d'aquesta condició especial d'execució es tipifica com a falta molt greu."

Seguidament, a la Clàusula 23, referent a la subcontractació, s'especifica que "En relació al lot 1, la contractista podrà subcontractar amb tercers la realització parcial de la prestació amb el compliment dels requisits i obligacions establerts als articles 215 i 216 LCSP", als quals hem fet

¹³ Informe de resultats. Aplicació de les noves guies i clàusules de contractació social i ambiental de l'Ajuntament en les entitats proveïdores de salut a Barcelona. Informe de resultats. Consorci de Salut i Social de Catalunya, 28 de març de 2018 <http://docplayer.es/78548290-Aplicacio-de-les-noves-guies-i-clausules-de-contractacio-social-i-ambiental-de-l-ajuntament-en-les-entitats-proveidores-de-salut-a-barcelona.html>

¹⁴ Serveis per a la celebració de la IV Fira de Consum Responsable i d'Economia Social i Solidària (Exp.2018/551) https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/notice.pscp?reqCode=viewCn&idDoc=35054306

referència amb anterioritat. Així mateix, especifica que **“La contractista haurà de realitzar directament, sense possibilitat de subcontractar-les, la totalitat de les activitats del lot 2.”**, és a dir, els serveis de vigilància.

Aquest contracte també estableix, a la Clàusula 7, **com a requisit de capacitat i solvència, la prohibició de les contractistes d'operar a paradisos fiscals:**

“Mesura social: En aplicació del Decret d'Alcaldia de 19 de maig de 2016, les empreses licitadores, contractistes o empreses filials o empreses interposades que participin en l'execució d'aquest contracte públic, no poden realitzar operacions financeres en paradisos fiscals -segons la llista de països elaborada per les Institucions Europees o avalada per aquestes o, en el seu defecte, per l'Estat espanyol-, o fora d'ells i que siguin considerades delictives, en els termes legalment establerts com ara delictes de blanqueig de capitals, frau fiscal o contra la Hisenda Pública.”

Com podem observar, les consideracions en matèria ambiental i social no només es poden situar en la fase d'adjudicació o execució del contracte. Significatiu és que l'art. 122.2 LCSP estipuli que als plecs de clàusules administratives particulars s'hi inclouran els criteris de solvència i adjudicació del contracte; **les consideracions socials, laborals i ambientals que com a criteri de solvència**, adjudicació o com a condicions especials d'execució s'estableixin.

Les clàusules socials es poden introduir com a requisit de solvència tècnica només quan l'objecte del contracte requereixi que l'empresa adjudicatària tingui aptituds específiques o experiència acreditada en matèria social i coneixements tècnics concrets o per la naturalesa del contracte. Aquestes clàusules en la fase de selecció suposen un requisit “sine qua non” per participar en la licitació i per tant només podran ser admeses aquelles empreses que acreditin complir el requisit.

D'acord amb la Comunicació Interpretativa de la Comissió Europea, de 15 d'octubre de 2001, COM (2001) 566 final, sobre la legislació comunitària de contractes públics i les possibilitats d'integrar aspectes socials en aquests contractes, **la integració d'aspectes socials al comprovat la capacitat tècnica de candidats o licitadors és possible si el contracte requereix aptituds específiques en matèria social, atès que aleshores és lícit exigir una experiència concreta** com a criteri de capacitat i coneixements tècnics per demostrar la solvència dels candidats. En definitiva, es tracta d'acreditar la capacitat tècnica de l'empresa per executar un determinat contracte.

Per exemple, es pot introduir, **com a requisit de solvència tècnica i/o professional, l'experiència en la realització de treballs o serveis similars a l'objecte del contracte, un equip humà amb una formació determinada en matèria d'igualtat**. En l'àmbit ambiental, per exemple, es pot introduir el requisit de compliment de determinats certificats i criteris de gestió ambiental (certificat EMAS o equivalent, o sistemes de gestió mediambiental basades en les normes europees o internacionals en la matèria).

La necessitat de complir normes de garantia de la qualitat i de gestió mediambiental són un requisit de solvència (art. 93 LCSP) que no pot introduir-se com a criteri d'adjudicació dels contractes atès que es refereix al compliment de requisits per part de l'empresari que es vol presentar al concurs, i no del producte o servei en concret. En canvi, un certificat sobre un

producte concret pot ser un criteri d'adjudicació (art. 145 LCSP), sempre que l'exigència sobre el producte tingui relació amb l'objecte del contracte¹⁵.

En conseqüència de les previsions esmentades, la "Clàusula 26. Responsabilitat en l'execució" del contracte abans mencionat, preveu com a falta molt greu (tot i que no s'indica com a obligació essencial, com sí s'indica per al cas de la contractació de persones amb diversitat funcional) *"La falsedat de la declaració de la contractista de no tenir cap relació financera o econòmica en un paradís fiscal o falsedat en què aquesta relació és legal, segons estableix el Decret d'Alcaldia de 19 de maig de 2016."*

Així mateix, conté una previsió que es refereix a la prohibició d'operar en paradisos fiscals, també per al subcontractista:

"D'acord amb el que estableix el Decret d'Alcaldia de 19 de maig de 2016, la contractista haurà d'aportar una declaració responsable de la subcontractista conforme no realitza operacions financeres en paradisos fiscals o fora d'ells, considerades delictives, segons la llista de països elaborada per les Institucions Europees o avalades per aquestes o, en el seu defecte, per l'Estat espanyol, en els termes legalment establerts, com delictes de blanqueig de capitals, frau fiscal o contra la Hisenda Pública. L'entitat subcontractada que hagi manifestat que té relacions legals amb paradisos fiscals ha de presentar a la contractista i aquesta a l'òrgan de contractació la documentació descriptiva dels moviments financers concrets i tota la informació relativa a aquestes actuacions. Es donarà publicitat en el Perfil de Contractant del fet què l'entitat ha declarat tenir relacions amb paradisos fiscals."

La LCSP (art. 202.2) preveu que **els plecs poden establir penalitats per al cas d'incompliment de les condicions especials d'execució o atribui-ls'hi el caràcter d'obligacions contractuals essencials, que pot portar associada, com a penalitat vinculada a l'incompliment, la resolució del contracte**. Per tal de configurar aquests criteris de caràcter social o mediambiental com a essencials del contracte, s'ha d'especificar de manera precisa, clara i inequívoca als plecs (art. 211.1 LCSP). A més, introdueix la possibilitat de resoldre el contracte per impagament dels salaris de les persones treballadores o per incompliment de les condicions establertes als convenis col·lectius¹⁶.

En relació al règim de penalitats, és de vital importància que durant la fase d'execució dels contractes, es realitzi per part de la persona responsable de seguiment del contracte, una supervisió i un control rigorós a fi de garantir la veracitat i el compliment de tots aquells compromisos, obligacions i d'altres aspectes que s'han aportat per l'empresa adjudicatària i que li han permès adjudicar-se el contracte.

15 Moreno Molina, José Antonio. (2018). *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*. Albacete: Bomarzo. p. 28

16 Ruiz Daimiel, Manuel. (11/12/2017). La resolución del contrato por impago de los salarios o por incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenidos colectivos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Recuperat de <http://www.obcp.es/opiniones/la-resolucion-del-contrato-por-impago-de-los-salarios-o-por-incumplimiento-de-las>

A mode d'exemple, inclou, com a criteri d'adjudicació i alhora condició d'execució, l'oferta salarial, el plec del Servei de dinamització juvenil de la franja del Besòs ¹⁷, establint el seu incompliment com a causa d'extinció del contracte:

“- Salari de les persones treballadores ocupades en l'execució del contracte. Puntuació màxima 10 punts.

(...)

“La màxima puntuació s'atorgarà a la retribució salarial total més alta en la categoria professional corresponent.

Es considerarà la retribució salarial computant el salari base.

La resta d'ofertes amb propostes salarials superiors a les que estableix el conveni de referència rebran una puntuació inversament proporcional.

L'oferta salarial de l'empresa licitadora té caràcter de condició d'execució contractual i l'incompliment pot ser objecte de penalització com a falta molt greu o d'extinció del contracte”

17 Expedient Servei de dinamització juvenil de la franja del Besòs
https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/notice.pscp?reqCode=viewCn&idDoc=34644682

LA LEGISLACIÓ SECTORIAL TAMBÉ OBLIGA A LA CONTRACTACIÓ PÚBLICA RESPONSABLE

La inclusió de consideracions de caràcter social o ambiental en la contractació pública no només està prevista per la normativa de contractació pública, sinó també per la **normativa sectorial, que obliga a les Administracions Públiques a implicar-se en la consecució dels objectius establerts per les lleis; a través de l'aplicació de polítiques públiques i dels seus contractes.**

Per exemple, l'art. 33 de la Llei Orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes, preveu expressament que les Administracions públiques, en l'àmbit de les seves respectives competències, a través dels seus òrgans de contractació i en relació amb l'execució dels contractes que celebrin, podran establir condicions especials amb la finalitat de promoure la igualtat entre dones i homes en el mercat laboral, d'acord amb allò establert en la legislació de contractes del sector públic. En un sentit similar, l'art. 34 de la mateixa Llei estableix que el Consell de Ministres, a la vista de l'evolució i l'impacte de les polítiques d'igualtat en el mercat laboral, determinarà els contractes de l'Administració General de l'Estat i els seus organismes públics que obligatòriament hauran d'incloure entre els seus consicions d'execució mesures tendents a promoure l'igualtat efectiva entre dones i homes en el mercat laboral (apartat 1).

En base a la Llei d'igualtat, el Tribunal Suprem ha ratificat la validesa d'un criteri d'adjudicació relacionat amb la igualtat entre dones i homes sense que el mateix constés específicament definit en el títol ni en l'objecte del contracte, fins i tot abans de l'aprovació de les noves directives de contractació pública i de la LCSP 2017. Es trata de la Sentencia del Tribunal Suprem 5294/2012, de 17 de juliol de 2012. El recurs contenciós-administratiu anava dirigit contra la resolució de 12 de desembre de 2007 de la Conselleria de Foment de la Junta d'Extremadura, que va anunciar concurs obert per a la contractació de les obres de l'Estació Depuradora d'Aigües Residuals (EDAR) a Navamoral de la Mata (Càceres).

A la demanda, la Confederación Nacional de la construcción impugnava un criteri d'adjudicació denominat "igualtat", que atorgava puntuació en atenció al percentatge de **personal femení fix** a l'empresa. L'empresa considerava que el criteri d'adjudicació no era objectiu, no tenia relació amb l'objecte del contracte (la construcció de l'EDAR) i xocava amb els criteris jurídics comunitaris i socials de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovada pel Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny.

La sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Extremadura declarava vàlida la puntuació corresponent al personal femení fix a l'empresa si s'utilitzava amb posterioritat a l'aplicació dels criteris objectius que han de decidir l'adjudicació, com a preferència davant d'un empat. En la mateixa línia, el TS desestima el recurs de cassació:

"La cuarta y última consideración es que, según deriva de todo lo anterior, circunscribir la política de igualdad en materia de contratación únicamente al instrumento o mecanismo

*jurídico de las condiciones de ejecución resulta, en principio, **contrario a esa transversalidad que con tanta amplitud se define en la LO 3/2007 [LOI]; pues lo que dicha transversalidad demanda es que, dentro de ese ámbito de la contratación, la igualdad de hombres y mujeres pueda ser perseguida a través de todos los instrumentos jurídicos que la legislación de contratos regula.***"

Un altre exemple d'incorporació del criteri d'igualtat de gènere el trobem en el plec per a la contractació d'un servei de producció de continguts audiovisuals i retransmissions en directe del Govern basc (expedient : 01LHK/01S/2017¹⁸):

"El compromiso con la igualdad de mujeres y hombres, requiere, en relación con las prestaciones objeto del contrato, que la comunicación de esta institución se haga desde una perspectiva de género. Esto es, a través de un uso no sexista del lenguaje e imágenes, y una visión inclusiva y amplia de la acción de gobierno, integrando, tanto cualitativa como cuantitativamente, la participación de mujeres y hombres en ésta y velando por la transmisión de una imagen igualitaria y no estereotipada de mujeres y hombres. Resulta un objetivo prioritario, que los contenidos mediáticos desarrollados al amparo de este contrato, proyecten una imagen de mujeres y hombres acorde con la realidad social (art. 26. 3. de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres)."

La Llei d'igualtat també inclou mesures destinades a la promoció de la igualtat, que són d'obligat compliment per les empreses. Per exemple, d'acord amb l'art. 45.2, les empreses de més de 50 persones treballadores han de tenir un Pla d'Igualtat. En el cas que l'empresa adjudicatària tingui menys treballadors, a través d'una previsió en aquest sentit als plecs de contractació, es podria ampliar l'àmbit d'aplicació de la norma i incorporar com a criteri d'adjudicació, disposar d'un pla d'igualtat. En relació amb això, **la LCSP preveu com a prohibició de contractar, per les empreses de més de 250 persones treballadores, no complir amb l'obligació de disposar d'un pla d'igualtat.**

En sentit similar, en l'àmbit de les persones amb discapacitat, la Llei 7/2014, de 13 de noviembre de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha, (art.50) ja preveia abans de la LCSP, la introducció de clàusules que valorin un percentatge de treballadors/es amb discapacitat a la plantilla o condicions especials d'execució que afavoreixin la inclusió laboral de les persones amb discapacitat. O la Llei del País Basc 3/2016, de 7 d'abril, per la inclusió de determinades clàusules socials en la contractació pública.

D'altra banda, per exemple, la Llei 5/2017, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic i de creació i regulació dels impostos sobre grans establiments comercials, sobre estades en establiments turístics, sobre elements radiotòxics, sobre begudes ensucrades envasades i sobre emissions de diòxid de carboni, incorpora un Títol III de la Part segona de la Llei, relatiu a mesures en matèria de contractació pública, en el qual es preveuen mesures de foment de l'ètica i la responsabilitat social

¹⁸ Plec de prescripcions tècniques per a la contractació d'un servei de producció de continguts audiovisuals i retransmissions en directe amb perspectiva de gènere. Govern basc.
https://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/politicas_clau_intro_00/es_def/adjuntos/A38_CAE_Contratacionservicioaudiovisual.pdf#page=1

En definitiva, no és només la legislació en matèria de contractació pública la que obliga a la contractació estratègica, sinó que la regulació sectorial també vincula els poders públics a incloure als seus contractes criteris socials, ambientals i de gènere. Un altre exemple de criteris que incorporen la igualtat de gènere en la prestació objecte de contractació el trobem en les condicions d'execució dels contractes de la Diputació Foral d'Àlava, com ara el següent¹⁹:

“PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS PARA LA CONTRATACIÓN DEL SEGUIMIENTO DEL I PLAN FORAL DE INMIGRACIÓN Y LA DINAMIZACIÓN DEL CONSEJO FORAL DE CONVIVENCIA E INTERCULTURALIDAD EN ÁLAVA (Diputación Foral de Álava Departamento de Política Social y Servicios Sociales)

- *Los informes - memoria parciales y/o finales que contengan datos estadísticos deberán estar **desagregados por sexo** siempre que sea factible su obtención.*
- *Garantizar el **uso no sexista del lenguaje en la totalidad de los documentos emitidos, en cumplimiento de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres**. Al amparo de la citada Ley, y en general en el trabajo que pueda desarrollarse, no se exhibirá a las personas como inferiores o superiores en dignidad humana en función de su sexo, o como meros objetos sexuales, se evitarán los estereotipos sexistas y se potenciará la diversificación sexual, de roles y de identidades de género*
- ***El diseño y la ejecución contractual deberán contemplar la perspectiva de género en su diagnóstico, objetivos, actividades y evaluación.** La justificación final deberá incorporar una memoria sobre **el impacto de género de la contratación.**”*

Més enllà de la Llei d'igualtat entre dones i homes, les mesures antidiscriminació també han d'anar destinades a garantir la igualtat d'oportunitats del col·lectiu LGTBI. Malgrat no hi hagi cap Llei estatal, moltes Comunitats Autònomes han aprovat normativa en aquest sentit, com la Llei catalana 11/2014 per garantir els drets LGTBI i per eradicar l'homofòbia, la bifòbia i la transfòbia. La Llei en el seu article 21.b i en el seu apartat 5è, estableix que les empreses han d'adoptar codis de conducta i protocols d'actuació que assegurin la igualtat d'oportunitats i la no-discriminació del col·lectiu LGTBI.

Aquestes clàusules són especialment importants en els serveis contractats amb una composició molt intensiva de personal o aquells serveis que tenen a la ciutadania com a destinatari. A l'informe de resultats del Consorci de Salut i Social de Catalunya, de 28 de març de 2018, “Aplicació de les noves guies i clàusules de contractació social i ambiental de l'Ajuntament en les entitats proveïdores de salut a Barcelona”²⁰, hi trobem un model de criteri d'adjudicació d'igualtat d'oportunitats i no discriminació del col·lectiu LGTBI.

¹⁹ Plec de prescripcions tècniques per a la contractació del seguiment del I Pla formal d'immigració i la dinamització del Consell Foral de convivència i interculturalitat a Àlava.

[https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/politicas_clau_intro_00/es_def/adjuntos/](https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/politicas_clau_intro_00/es_def/adjuntos/A58_DFA_SeguimientoIPlanForalInmigracion.pdf#page=6)

A58_DFA_SeguimientoIPlanForalInmigracion.pdf#page=6

²⁰ Informe de resultats. Aplicació de les noves guies i clàusules de contractació social i ambiental de l'Ajuntament en les entitats proveïdores de salut a Barcelona. Informe de resultats. Consorci de Salut i Social de Catalunya, 28 de març de 2018

<http://docplayer.es/78548290-Aplicacio-de-les-noves-guies-i-clausules-de-contractacio-social-i-ambiental-de-l-ajuntament-en-les-entitats-proveidores-de-salut-a-barcelona.html>

“L’empresa contractista aportarà en el termini màxim de quinze dies posteriors a la data de formalització del contracte el protocol o pla d’ actuació que aplicarà en l’execució del contracte per a garantir la igualtat d’oportunitats i no-discriminació de les persones LGTBI, tant si és el cas entre el personal que executa el contracte comen les persones destinatàries de la prestació.

Les mesures poden consistir en formació en continguts relacionats amb les discriminacions que poden patir les persones LGTBI i en el coneixement de la diversitat pel que fa a l’orientació sexual, la identitat de gènere i l’expressió de gènere. Si l’empresa justifica la impossibilitat d’entregar en el termini establert el protocol o pla d’actuació, la persona responsable del contracte podrà atorgar un termini complementari de deu dies”

LA DIVISIÓ PER LOTS DLE CONTRACTE PER FACILITAR L'ACCÉS A PETITES I MITJANES EMPRESES

Una novetat que incorpora la LCSP és l'**obligatorietat, sempre que la naturalesa o l'objecte del contracte ho permetin, de dividir en lots l'objecte de la compra** i procurar la realització independent de cadascuna de les parts ("deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes"), a part de la possibilitat de reservar lots a centres especials de treball i empreses d'inserció (art. 99.3 LCSP).

Tanmateix, l'òrgan de contractació podrà excusar la divisió en lots quan existeixin motius vàlids degudament justificats a l'expedient, assenyalant-se legalment quins motius es consideraran en tot cas vàlids per no dividir en lots l'objecte del contracte, com ara la restricció injustificada de la competència o que la divisió dificulti la correcta execució del contracte des d'un punt de vista tècnic. A més, també es podrà limitar el nombre de lots als quals un mateix candidat pot presentar oferta o limitar el número de lots que poden adjudicar-se a cada licitador. Així s'afavoreix l'accés a petita i mitjana empresa i es dificulta l'accés per part d'oligopolis del sector.

Com a tercer mandat, el mateix article 1.3 LCSP estableix que es facilitarà l'accés a la contractació pública de les petites i mitjanes empreses, així com d'empreses d'economia social. En conseqüència, la Llei regula la simplificació de tràmits i imposa menor burocràcia per als licitadors per tal de millorar l'accés a les PIMES. També endureix les disposicions referides a les ofertes "anormalment baixes", afegint que **els òrgans de contractació rebutjaran les ofertes si comproven que són anormalment baixes perquè no compleixen les obligacions aplicables en matèria medioambiental, social o laboral**.

La majoria dels exemples de contractes amb criteris socials i ambientals que es citen en el present capítol incorporen la divisió del contracte en lots. Tanmateix, és oportú fer referència expressa, en aquest apartat, al contracte "Subministrament d'uniformitat i complements per al personal de línies metropolitanes de Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya pel període 2020 – 2024" (PO51/19)²¹. En concret, el contracte es divideix en 3 lots:

LOT 1 Uniformitat 1

LOT 2 Complement uniformitat

LOT 3 Complement auxiliar - Motxilla

El valor estimat global de la licitació ascendeix a 1.942.854,05 €, abans d'IVA.

Pel que fa als criteris de valoració de les ofertes, el preu suposa un 46 (Lot 1), un 48 (Lot 2) i un 68 (Lot 3) de la totalitat dels 100 punts.

21 Subministrament d'uniformitat i complements per al personal de les línies metropolitanes de Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya. (PO51/19) https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/notice.pscp?reqCode=viewCn&idDoc=47232174&version=45929399&lawType=3

Els tres lots incorporen els següents criteris d'adjudicació:

5.- Proposta de millora de la qualitat social del contracte (criteris socialment responsables): fins a 2 punts

Proposta de formació (pla d'igualtat d'oportunitats) Es valorarà la proposta de formació o accions concretes que assegurin obtenir uns millors resultats, en termes qualitatius, per afavorir la igualtat d'oportunitats dels treballadors en relació a les prestacions que són objecte del contracte.

6.- Proposta de millora de la qualitat mediambiental del contracte (criteris socialment responsables): fins a 3 punts 6.1.

Pla de gestió mediambiental: fins a 1 punt

Es valorarà la proposta que presenti un pla de gestió mediambiental adequat en relació als tractament adequat dels residus generats i que proposi una reducció dels residus generats.

6.2. Proposta relativa als embalatges: fins a 1 punt *Es valorarà la proposta que aportí una qualitat mediambiental al contracte en els aspectes que es detallen a continuació: - **Reducció embalatges** (substitució embalatge individual per conjunt, etc.) - Accions de foment de reciclatge d'embalatge - Potenciació de l'ús de **material reciclat***

6.3. Proposta d'ús de vehicles mediambientalment sostenibles: fins a 1 punt

*Es valorarà la proposta d'adscripció a l'execució del servei de **vehicles ambientalment sostenibles** (elèctrics /híbrids), atenent tant al nombre com al grau de mediambientalització."*

També **s'introdueixen límits a la subcontractació**, establint que l'adjudicatari podrà subcontractar fins al límit del 60% del preu del contracte, informant prèviament a FGC la voluntat de subcontractar i identificar a l'oferta quines parts té la intenció de subcontractar i quin percentatge de l'objecte del contracte comporta i a quina empresa es pretén subcontractar. És important, als efectes de controlar el procés de producció, que el contracte també fa referència a què el licitador que presenti una proposta amb una millor relació qualitat-preu haurà d'identificar abans de l'adjudicació "l'empresa que fabricarà les peces (uniformitat), així **com el taller de fabricació (ubicació), en les condicions previstes en aquest plec**. El licitador podrà subcontractar la fabricació a un tercer (identificant-lo com s'ha indicat) però **en cap cas l'empresa que s'hagi identificat per realitzar la fabricació podrà subcontractar-la a un tercer**, essent aquesta una **condició essencial del contracte**."

Al lot 2 i 3 es preveu, com a criteri d'adjudicació, acreditar que es respecten les condicions laborals tant en el subministrament com en la cadena de fabricació:

*"Proposta relativa a l'acreditació de disposar de certificacions relacionades amb el **compliment de la normativa en matèria laboral** servei d'atenció al personal en el lliurament de la uniformitat: fins a 2 punts*

*Es valorarà la proposta que, en la línia de les exigències previstes al Codi de Bones Pràctiques, aportí un **element de qualitat inicial, en relació a la verificació del compliment de les condicions mínimes previstes en la fabricació**.*

En aquest sentit, es valorarà disposar de condicions que acreditin, a través de certificacions, l'exercici o incorporació al codi de conducta/treball propi del licitador de

formes de treballar que assegurin el respecte a les condicions laborals aplicables tant en el subministrament com en la cadena de fabricació. Així, es donarà una puntuació màxima de 2 punts a aquella proposta que disposi de major condicions acreditades en aquesta línia de treball, assegurant la implantació de bones pràctiques en la seva empresa. A la resta de licitadors, se'ls puntuarà de forma proporcional a la seva proposta, comparativament amb la millor proposta.

A títol indicatiu, es valorarà disposar de les certificacions que s'indiquen a continuació, podent presentar com oferta, l'acreditació d'altres certificacions que acreditin, també, el compliment/implantació d'aquests codis de conducta/bones pràctiques: 45

- Adhesió al Global Compact de l'ONU
- Adhesió a la Norma SA8000 (Social Accountability International)
- Adhesió a l'ETI (Ethical Trading Initiative)
- Disposar de la certificació Made in Green

Aquest criteri valora la qualitat en les condicions laborals del procés de fabricació, acreditant una **producció responsable en els processos de producció de teixit o confecció de peces** (segons protocols en matèria de compliment dels drets dels treballadors)".

Al plec de prescripcions tècniques particulars del mateix contracte es contemplen els requisits ambientals del subministrament, així com els requisits de sostenibilitat social. Entre aquests segons, per al Lot 1 consta, com a criteri d'adjudicació, la producció responsable en els processos de producció del teixit o confecció de les peces, segons protocols en matèria de respecte dels drets laborals dels treballadors empleats.

El Codi de bones pràctiques del contracte ("Codi de bones pràctiques en la contractació del subministrament d'uniformitat i complements per al personal de línies metropolitanes de ferrocarrils de la generalitat de catalunya"), inclou condicions d'obligat compliment en l'execució del contracte, considerant-se fins i tot com a obligacions essencials del contracte. Al Codi, s'estableixen com a marc normatiu de referència per a l'execució del contracte els Convenis de l'OIT ratificats per l'Estat espanyol, la Declaració de Drets Humans de les Nacions Unides i la Convenció sobre els Drets del Nen.

Així mateix, estableix un **procés de verificació de les condicions socials i ambientals de l'execució del contracte, tant en el transcurs de l'execució com en el procés de fabricació.** Aquest procés serà tant intern, per part del contractista, a través d'auditories internes, com processos de verificació externa, que FGC consideri necessaris. Per tant, el contractista resta obligat a deixar accedir a les instal·lacions en les que es realitzin processos de fabricació, per tal d'avaluar el nivell de compliment.

El Codi de bones pràctiques també inclou un règim d'incompliments i penalitzacions. S'hi esmenta expressament que seran qualificats com a molt greus els incompliments relacionats amb les normes essencials enumerades en el mateix Codi i que la penalització aplicable en aquest cas pot comportar la resolució del contracte.

En aquesta licitació, tan sols va haver-hi una empresa (que no forma part de l'economia social i solidària) que es va presentar als 3 Lots, i que, per tant, va resultar adjudicatària del contracte.

LA DIALÈCTICA ENTRE LA LLIURE COMPETÈNCIA I LA CONTRACTACIÓ SOCIALMENT RESPONSABLE

A la Sentència del TJUE de 3 d'abril de 2008, Rüffert vs Land Niedersachsen (c-346/06) el TJUE va valorar la incompatibilitat amb el Dret de la UE d'una previsió que pretenia garantir als treballadors d'empreses adjudicatàries de contractes públics d'obres el salari fixat al conveni col·lectiu (que no tenia eficàcia general) d'aplicació al lloc de prestació. El Tribunal va entendre que la normativa restringia la lliure prestació de serveis i que la protecció dels treballadors no justificava la restricció. En un sentit similar es va resoldre la Sentència de 18 de setembre de 2014 Bundesdruckerei (C-549/13), relativa a una remuneració mínima als subcontractistes d'un licitador establerts a un Estat membre, atès que el TJUE va considerar que era una restricció injustificada del principi de lliure prestació de serveis regulat a l'art. 56 TFUE²².

Des del nostre punt de vista, **la prevenció del “dumping social” és una causa justificativa de la restricció de les llibertats econòmiques per mitjà de clàusules socials**. És a dir, considerem que no vulnera o limita la lliure competència garantir la igualtat de condicions laborals dels treballadors, sinó que estableix la igualtat entre els treballadors, impedit que els treballadors que tenen condicions laborals més dignes quedin en una situació de desavantatge.

La STJUE de 17 de novembre de 2015, en l'assumpte RegioPost (C-115/14), es plantejava si l'art. 26 de l'anterior Directiva 2004/18, quan imposava el respecte al Dret de la UE en la contractació pública, s'oposava a una norma d'una entitat regional que obligava licitadors i subcontractistes a comprometre's (i per tant, a excloure del procediment als que no presentin la declaració) a **pagar al personal un salari mínim fixat al personal que duria a terme les prestacions**. L'empresa que dona nom a l'assumpte va ser exclosa de la licitació. Contràriament al cas Rüffert, abans mencionat, en aquest cas **el salari mínim es contemplava en una norma legal** (i no en un conveni col·lectiu sense eficàcia general), de conformitat amb el que disposa l'art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE, per tant, el TJUE la va declarar conforme al Dret de la UE. La Directiva mencionada, doncs, afavoreix el dumping social quan, segons la interpretació del TJUE, **requereix que el conveni col·lectiu que estableixi la quantia del salari mínim sigui d'aplicació general**. D'altra banda, la Sentència Regio Post possibilita l'aprovació de mecanismes legals que blindin consideracions socials, ambientals i de gènere en la contractació pública.

Aquesta conclusió és negativa per al cas de les clàusules socials, ja que **dificulta que s'imposin criteris salarials previstos a convenis sectorials que no s'apliquin a totes les licitadores o d'empreses que no tinguin conveni sectorial**, com les multiserveis (malgrat algunes excepcions). Així, deixen els treballadors de la Unió Europea sense una protecció davant de situacions de competència a la baixa entre empreses licitadores. Tanmateix, segons la doctrina del TJUE, la remissió de la clàusula social al conveni col·lectiu per evitar el dumping social no és

²² En concret, el TJUE resol: “En una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que un licitador tiene previsto ejecutar un contrato público exclusivamente con trabajadores empleados por un subcontratista establecido en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora, el artículo 56 TFUE se opone a la aplicación de una normativa del Estado miembro de esa entidad adjudicadora que obliga a ese subcontratista a pagar a los citados trabajadores un salario mínimo fijado por dicha normativa”

suficient per admetre la restricció d'una llibertat econòmica. És necessari comprovar si la mesura és proporcionada, idònia i adequada per garantir la realització de l'objecte que es persegueix i no va més enllà d'allò necessari per aconseguir-ho. És a dir, han de superar el test de proporcionalitat²³.

Per tant, demostrar que la clàusula social respecta el principi de proporcionalitat en la restricció de la llibertat econòmic suposa una càrrega que mostra com els drets socials estan supeditats a les llibertats econòmiques reconegudes als Tractats i per tant, s'afavoreix una competència entre empreses basada en menors costos salarials i, per tant, donen lloc al dumping social²⁴.

Un argument de la tesi que es defensa el trobem al considerant 37 de la Directiva 2014/24/UE, que estableix que el mandat de vetllar pel compliment en els procediments de licitació de les obligacions en matèria de Dret mediambiental, social i laboral en el lloc on es realitzin les obres o es prestin els serveis, derivades de normes tant nacionals com de la Unió, així com de convenis col·lectius i derivades d'acords internacionals “no debe impedir en modo alguno la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores”. Previsió coherent amb l'art. 151 del TFUE, que preveu que entre els objectius de política social de la UE es troba la millora de les condicions de vida i treball, per tal d'aconseguir la seva equiparació per la via del progrés. Previsió que s'incompleix en l'àmbit de la contractació pública si s'impedeix la inclusió de clàusules socials per a la millora de les condicions laborals sota el pretext de garantir la lliure competència i el lliure desplaçament²⁵.

En definitiva, les clàusules socials en l'àmbit de la contractació pública estan condicionades per les llibertats econòmiques de prestació de serveis i de competència. El TJUE permet la garantia o promoció del compliment de la legalitat vigent, però no la millora, atès que considera que pot alterar la lliure prestació de serveis i la competència. Entenem, al contrari, que les clàusules que imposen el compliment d'obligacions laborals a totes les fases de la contractació garanteixen la lliure concurrència, atès que eviten que els operadors incompleixin les condicions laborals i en matèria de drets humans per reduir costos.

23 Ferrando García, Francisca María; Rodríguez Egío, María Monserrate (2017). Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: un ejemplo de la contratación entre las libertades económicas y la protección frente al "dumping" social. Publicat a *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (217-238). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 228.

24 Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (2008). Libertad de prestación de servicios y acción sindical. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2008, págs. 109-128, p. 125 y 126

25 Ferrando García, Francisca María; Rodríguez Egío, María Monserrate (2017). Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: un ejemplo de la contratación entre las libertades económicas y la protección frente al "dumping" social. Publicat a *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (217-238). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p.231

PROBLEMES I ALTERNATIVES AL MODEL CONTRACTUAL

El projecte de “Llei Aragonès” i la contractació pública en el serveis a les persones

El Projecte català de Llei de serveis a les persones²⁶ (popularment conegut com a “Llei Aragonès”) establia²⁷ que *“la finalitat de la Llei és l'establiment d'un règim específic de contractació pública per als serveis d'atenció a les persones, és a dir, els serveis socials, comunitaris, sanitaris i d'altres”*.

El Projecte de Llei reconeixia que les Directives de la Unió Europea no obliguen a la prestació dels serveis a les persones a través d'un règim contractual, en afirmar a l'Exposició de Motius, que: *“El dret europeu atorga, per tant, una àmplia llibertat als estats membres per a establir el règim jurídic que considerin més adient a la naturalesa i finalitat d'aquests serveis, règim que pot ser tant de naturalesa contractual com no contractual.”*. Per tant, no és cert que la normativa de la Unió Europea obligui a aprovar la reforma en concret que es proposa. Com s'ha exposat en apartats anteriors, la UE atorga un ampli marge als Estats per establir el règim jurídic que es consideri més adient per a la regulació d'aquests serveis.

La possibilitat d'excloure de la contractació pública la prestació de determinats serveis és el que fonamenta que l'Exposició de motius de la LCSP faci referència expressa a la llibertat dels poders públics per prestar determinades categories de serveis, en concret els serveis coneguts com “serveis a les persones”, com ara els serveis socials, sanitaris i educatius o ***“organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”***. La LCSP reconeix, per tant, que aquests serveis poden quedar fora del mercat i ser gestionats de forma directa per l'Administració pública o per vies no contractuals.

Així doncs, el Projecte de Llei regulava el règim contractual per als serveis a les persones amb subjecció als principis i criteris establerts a la Directiva 2014/24/UE, sense preveure en cap moment un règim diferenciats pels serveis públics. En els Annexes de l'Avantprojecte es realitzava una relació completa de serveis que integraven el Servei Nacional de Salut, que permetria, segons van denunciar entitats i plataformes, la desarticulació del sector públic de la sanitat catalana, del propi Institut Català de Salut, malgrat el caràcter de reserva que tenen les prestacions sanitàries segons l'avantprojecte. De fet, els Annexos de l'Avantprojecte fixaven una relació completa dels serveis afectats, entre el quals es mencionen expressament l'atenció sanitària de serveis ginecològics i obstètrics, pediàtrics, de planificació familiar, hospitalaris de cirurgia, entre molts altres, relacionats amb el sector social o l'educació, la cura a persones grans i dependència²⁸.

26 Expedient 200-00003/12. Text presentat Reg. 11246 / Admissió a tràmit: Mesa del Parlament, 24.07.2018

27 Aquest projecte de llei va decaure el febrer de 2020 https://www.ara.cat/politica/parlament-tomba-aragones-contra-oposicio_1_2595693.html, just abans de la publicació del present informe

No obstant això, és cert que el Projecte de Llei suposava una millora en els criteris de valoració socials i ambientals en l'adjudicació d'aquests serveis. Establia que el cost del servei no suposaria més del 40% de la puntuació en els procediments de contractació (art.16.1 a) i que per al cas dels serveis a la salut, el factor preu es rebaixaria a un màxim del 30% (art. 29.3). Per a aquests últims casos, es preveia expressament que com a criteri d'adjudicació per a determinar l'oferta econòmicament més avantatjosa es tindria en compte *“el valor afegit més gran de l'oferta des de la perspectiva de qualitat i de garantia de continuïtat, accessibilitat, assequibilitat, disponibilitat i exhaustivitat dels serveis.”*

També és cert que el Projecte de Llei contemplava que l'òrgan de contractació pogués establir *“un preu fix respecte del qual les empreses licitadores no poden presentar una baixa econòmica, de manera que competeixin només en funció de criteris de qualitat”*, d'acord amb el sistema de valoració previst a la Llei (art.16.1). El Projecte també impedia que s'exigís un gran volum de negoci a les empreses licitadores que impedeixi l'accés a la petita empresa (art. 5.1b) i permetia que en alguns casos es pogués fer una selecció prèvia dels licitadors tenint en compte aspectes socials com les condicions laborals, la igualtat de gènere, la responsabilitat ambiental, el compromís en la normativa tributària, participació dels treballadors/es o la reinversió dels excedents en el mateix servei (art 7).

El Projecte de Llei permetia la subcontractació, tot i que contràriament a la LCSP, que no fa cap previsió en aquest sentit, especificava que només seria possible en el cas de les “parts accessòries” (art. 22.2). Per tant, la subcontractació quedava més limitada que a la legislació estatal. També es preveia que l'empresa subcontractista no pogués subcontractar les prestacions amb altres empreses o entitats. Tanmateix, no s'inclouia la possibilitat de pagar directament al contractista si així ho disposaven als plecs de contractació, com sí que s'introdueix a la LCSP.

D'altra banda, moltes mesures de les que es contemplaven ja estan previstes per la Llei estatal. S'haurien d'afegir mecanismes addicionals als ja existents amb caràcter general a la LCSP, per tal de garantir que les empreses adjudicatàries compleixen amb allò establert als plecs i en particular, el compliment dels criteris socials, ambientals i de gènere introduïts tant com a condicions d'adjudicació com a condicions especials d'execució, com ara auditories, inspeccions o enquestes, per comprovar que el servei s'ofereix correctament. També, si és el cas, per resoldre el contracte en cas d'incompliment i recuperar el servei.

El cert és que cal un debat social -que es traslladi a les institucions- sobre el model de gestió dels serveis d'atenció a les persones abans de tramitar una llei de contractació pública que inclogui una àmplia llista de serveis que a l'actualitat estan gestionats de forma directa. Un marc regulador que delimiti l'espai de la gestió indirecta a través d'empreses privades, que estableixi el paper de l'economia social i solidària en la gestió de serveis públics²⁸. El cert és que amb la contractació pública responsable, malgrat s'estableixen criteris socials i ambientals als plecs, es fonamenta la gestió indirecta a través de la contractació pública, de tal manera que les empreses de l'economia social i solidària haurien d'entrar en competència amb grans multinacionals.

Es va fer present, a Catalunya, l'existència d'un debat social sobre si aquest Projecte de Llei comportaria la privatització de tota la llista de serveis i sobre si hi tindria cabuda un “veto” a la

28 Sobre la Llei Aragonès i el Servei Nacional de Salut: <https://catalunyaplural.cat/ca/sobre-la-ley-aragones-una-bomba-pel-servi-nacional-de-salut/> i <https://diarisanitat.cat/la-ley-aragones-amenaca-el-mon-sanitari-amb-noves-externalitzacions/>

29 <http://xes.cat/posicionament-projecte-ley-contractes-servis-persones/>

privatització de la gestió dels serveis públics (o com a mínim, alguns d'ells, considerats d'especial interès general). Marta Franch, professora de Dret Públic de la Universitat Autònoma de Barcelona, qüestionava els arguments del Departament d'Economia, segons els quals en aquesta llei no hi tindria cabuda un veto a la privatització de la gestió dels serveis públics en forma de reserva a la Generalitat per a la seva gestió directa³⁰. En qualsevol cas, la gestió directa dels serveis públics hauria d'incorporar els principis que haurien de ser inherents al funcionament de l'Administració pública, com ara la transparència i la participació de les treballadores i persones usuàries.

Les organitzacions i partits crítics amb el Projecte de Llei assenyalaven que es podrien regular mitjançant la mateixa Llei o una altra, modalitats no contractuals, com els convenis i els concerts, dirigits amb entitats socials i sense ànim de lucre privat, per excloure del concurs a la baixa de costos (malgrat els criteris socials que es puguin introduir) determinats serveis.

Coincideix que quan s'està acabant d'escriure aquest informe, la Comissió d'Economia i Hisenda del Parlament de Catalunya, amb el vot de tots els grups de l'oposició, ha votat en contra del dictamen i de la major part de les esmenes, mentre que JxCat i ERC hi han votat a favor. Per tant, el Projecte de Llei ha decaigut de la seva tramitació i s'obre una nova oportunitat per repensar el model de gestió dels serveis públics.

La contractació pública en la gestió de l'aigua: la col·laboració público-privada

Un exemple de l'impacte de la normativa de contractació pública en la gestió público-privada de béns comuns és sense cap mena de dubte el cas de l'empresa mixta que gestiona l'aigua en baixa a Barcelona i 23 municipis de l'Àrea Metropolitana.

Amb la recent Sentència del Tribunal Suprem núm. 1.610/2019, de 20 de novembre de 2019, el Tribunal Suprem revoca la decisió del TSJC i reconeix la validesa d'un títol de concessió franquista atorgat el 1953 pel Ministeri d'Obres Públiques, per un període de 99 anys. Així mateix, el TS dictamina que no es van vulnerar els principis de lliure concurrència i publicitat en la creació de l'empresa mixta Aigües de Barcelona Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua SA (Abemcia), participada en un 70% pel grup Agbar, un 15% per l'AMB i un 15% per Criteria (entitat participada per La Caixa), mitjançant un procediment negociat sense publicitat.

En canvi, el TSJC havia considerat prèviament que SGAB havia prestat el servei d'abastament domiciliari sense títol concessional atorgat per l'Administració competent, com a mínim a partir de l'any 1982, quan es produeix la metropolització del servei.

La creació de l'empresa mixta público-privada el novembre de 2012 sense lliure concurrència s'havia emparat en l'excepció per motius econòmics, que amb la nova LCSP, desapareix. És a dir, entenem que a dia d'avui, amb la LCSP de 2017, no es podria dur a terme una adjudicació a Agbar sense lliure concurrència al·legant motius econòmics del contracte, atès que la LCSP ha eliminat el procediment negociat sense publicitat per raó de quantia.

30 https://cat.elpais.com/cat/2019/11/17/catalunya/1574010824_703537.html

A més, entenem que amb la nova LCSP tampoc es podria adjudicar directament -prèvia elecció del soci privat de conformitat amb les normes establertes a la Llei- el contracte a una empresa mixta amb el 70% de participació privada, com l'empresa mixta mencionada. Si bé no la LCSP no obliga que tota societat d'economia mixta tingui capital públic majoritari, la disposició addicional 22 de la LCSP es pot interpretar que porta a aquesta afirmació, atès que s'exigeix que per a adjudicar directament contractes a empreses mixtes mitjançant un sol procediment de licitació -el de selecció del soci privat-, el capital públic sigui majoritari, és a dir, com a mínim, un 51%.³¹

Pels motius exposats, entre d'altres, aquesta Sentència del Tribunal Suprem ha estat objecte de moltes crítiques. Els efectes sobre el bé comú són evidents: considera vàlidament constituïda una empresa mixta de gestió del servei que inclou un grup que forma part de l'oligopoli empresarial de la gestió de l'aigua (el grup Agbar) i per tant, **frustra el que -amb voluntat política- podria haver estat una oportunitat d'or per a la gestió directa del servei.**

La gestió directa no és l'única possibilitat per a la gestió social i ambientalment respectuosa de recursos comuns, com és l'aigua, sinó que també poden estar gestionats a través de plataformes de caràcter comunitari. La recuperació de la gestió directa del servei (la remunicipalització) no implica necessàriament la participació de la ciutadania en les decisions sobre la gestió del servei. A més, suposa el risc que amb el canvi de color del govern municipal, es privatitzi un altre cop la gestió del servei.

Un exemple de gestió ciutadana de l'aigua és la Cooperativa Minera Olesana, que forma part del Grup empresarial cooperatiu Clade. La cooperativa de consum compta amb més de 10.200 persones sòcies, corresponents a unitats familiars d'Olesa de Montserrat³². La Comunitat ha impulsat el projecte Aigua.coop, una cooperativa de segon grau que té per objectiu la gestió públic-ciutadana de l'aigua, a través d'empreses mixtes que incloguin l'Ajuntament i una cooperativa de consumidors i usuaris/es.

En aquest model de gestió públic-ciutadà de l'aigua que es proposa també hi tenen un paper important les regles de contractació pública, que podran facilitar o dificultar, a través dels plecs de contractació, l'adjudicació a empreses públic-ciutadanes. Si bé no és possible prioritzar en els plecs de contractació un model empresarial en concret, a través de criteris socials i ambientals es pot experimentar la possibilitat d'afavorir models participatius.

Quan pensem sobre models ciutadans de gestió de recursos comuns **és oportú reflexionar i plantejar-nos si, pel seu impacte ambiental i/o social, no seria més adient excloure de la contractació pública certs serveis públics i gestionar-los mitjançant concert o conveni**, estudiant els marges de la legalitat vigent i d'una futura nova regulació. Aquesta qüestió ha suscitat un fort debat públic en la tramitació parlamentària de la Llei Aragonès, tal com s'ha exposat anteriorment.

Tanmateix, com ja s'ha avançat amb anterioritat, cal tenir present que el major control i transparència en la relació públic-privada, que de per si és un bon objectiu i un petit avenç, pot ser contradictori amb la idea afavorir les relacions públic-comunitàries com a marc transformador

31 Rego Blanco, María Dolores (2017). Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017. *Nueva Época*. (Nº 4). Págs. 151-159. Recuperado de <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10502/11198>

32 <https://www.cmineraolesana.cat/>

i democratitzador de la gestió pública, atès que l'aplicació a aquestes associacions de les mateixes normes que a la prestació indirecta empresarial, dificulta els espais de cooperació públic-comunitària-cooperativa.

Per posar algunes mostres dels inconvenients que suposa la LCSP per a aquests espais de cooperació públic-ciutadana, la normativa estatal considera “serveis” projectes i programes que poden prestar entitats locals amb la col·laboració de l'Administració local (casals infantils, projectes socioeducatius), que segons la normativa, haurien de ser objecte de concurs i licitació pública amb aplicació dels principis de publicitat i lliure concurrència. I en conseqüència, podrien quedar en mans de grans empreses capitalistes que ofereixin una oferta més econòmica en la licitació (a través de la precarització de les treballadores i d'una menor qualitat), en lloc de ser organitzades per entitats de la zona³³.

Aquestes consideracions són contradictòries amb els mateixos fins que persegueix -o que hauria de perseguir- l'Administració Pública amb la seva activitat, com ara fomentar la participació ciutadana en la vida pública, la cooperació (i no la competència) entre entitats per al desenvolupament l'economia local, la creació de comunitat i xarxa social... En definitiva, servir amb objectivitat els interessos generals, d'acord amb el mandat constitucional de l'art. 103 de la Constitució espanyola.

Per aquest motiu, plantegem la necessitat de mantenir certs espais fora de la contractació pública, per protegir les iniciatives comunitàries de gestió de serveis públics, que es troben a dia d'avui desprotegides, sense un marc jurídic que reguli la seva relació amb l'Administració pública. És necessari regular, per tant, la prestació mitjançant conveni o la concertació, possibilitat, que com hem vist, no ve limitada per el marc de la Unió Europea, tot i que l'estudi i anàlisi d'aquesta possibilitat excedeix els marcs d'aquest capítol i seria objecte d'un altre treball.

Gestió directa centralitzada: escoles infantils municipals de Pamplona

El servei de menjador a les escoles infantils de Pamplona és un exemple de gestió directa. L'Ajuntament d'Irunya-Pamplona gestiona directament, a través de l'Organisme Autònom d'Escoles Infantils Municipals, onze escoles infantils amb un total d'aproximadament mil nens i nenes d'entre 0 a 3 anys. Deu d'aquestes escoles disposen de servei de menjador i cuina a les seves instal·lacions, ja que fan jornada completa. D'acord amb les seves polítiques alimentàries i de sostenibilitat, l'Ajuntament va establir l'objectiu de tenir un sistema d'alimentació saludable en aquestes deu escoles a partir del curs 2018-2019. El projecte, anomenat “Hemengoak – De Aquí³⁴” comprèn diferents estratègies per tal d'adoptar un sistema alimentari més sostenible i responsable amb el medi ambient, que aposta per l'economia circular a través de la introducció de menús elaborats amb aliments ecològics, frescos, de temporada i de producció local. El projecte és de gestió directa i el personal de cuina forma part de la plantilla orgànica de l'Ajuntament, és a dir, són treballadors/es públics/ques.

D'acord amb aquesta premissa, la voluntat política del govern municipal (liderat per Euskal Herri Bildu durant el període 2015-2019) era ben clara. La seva aposta va consistir en combinar

³³ <https://directa.cat/per-que-ens-hem-posat-a-parlar-de-lleis-de-contractes/>

³⁴ <https://www.pamplona.es/escuelasinfantiles/verPagina.aspx?IdPag=174&Idioma=1>

tres elements imprescindibles per a la viabilitat del projecte: la sostenibilitat alimentària, un sistema de contractació pública socialment responsable i un projecte pedagògic on el menjar hi tingui un paper central.

A través de la contractació pública es busca adquirir directament als productors/es aliments ecològics, de temporada, de proximitat i produïts amb sistemes sostenibles. La licitació del contracte inclou el subministrament i la logística d'aliments frescos, ecològics, de temporada i de proximitat, així com la recepció, emmagatzematge i transport als menjadors de les escoles infantils.

El criteri d'adjudicació és la millor qualitat-preu per a la promoció de la seguretat i la qualitat alimentària. Segons les dades aportades pel propi Ajuntament, el subministrament de productes locals, frescos i ecològics suposa una despesa de 329.000 euros anuals. El contracte s'adjudica en 13 lots diferents: els primers dotze de subministrament d'aliments i el lot número tretze de gestió i logística per tal que la distribució dels productes a les diferents cuines pugui realitzar-se a partir d'un únic centre de provisió.

Per exemple, el contracte de subministrament del lot del pa ³⁵, que s'ha hagut de tornar a licitar el 2019, es fa referència, al Plec de prescripcions tècniques, a les característiques tècniques i de qualitat obligatòries, entre les quals es preveu *“100% de producto no congelado, ni sufrido procesos de ultra congelación. – 100% de alimentos fresco conforme a la descripción del Código Alimentario Español. – 50% de productos procedente de agricultura o ganadería ecológica (inclusive en período de conversión), acreditados y certificados conforme a los sellos del Consejo de la Producción Agraria Ecológica de Navarra. (ES-ECO-025-NA), u otros de carácter semejante. – 100% producto no procesado (sin aditivos, colorantes, antioxidantes, conservantes, edulcorantes, sulfitos, estabilizadores o potenciadores de sabor). – Elaborado con levadura natural también llamada madre, salvaje o espontanea. – Producto 100% con total prohibición y exclusión de productos modificados genéticamente o transgénicos.”*

A l'apartat corresponent a la solvència tècnica i professional s'incorpora com a criteri l'experiència prèvia de l'empresa concursant:

*“ La adjudicataria podrá acreditar la solvencia técnica y profesional por alguno o algunos de los siguientes medios: - **Servicios o trabajo efectuados en el curso de los últimos tres años correspondientes al mismo tipo y naturaleza que corresponde el objeto del contrato**, avalados mediante justificantes acreditativos de dicho suministro, siendo el requisito mínimo que el importe anual acumulado durante los tres últimos años sea igual o superior al 50 % del presupuesto de licitación del contrato IVA excluido. - Descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad contratante.”*

I com a criteri d'adjudicació, la producció ecològica i de proximitat:

*“1. CALIDAD DIFERENCIADA: **Producción Ecológica** (agricultura o ganadería ecológica). Se otorgará hasta 25 puntos cuando el 100% del lote sea procedente de agricultura ecológica (inclusive en período de conversión), acreditados y certificados conforme a los sellos del Consejo de la Producción Agraria Ecológica de Navarra. (ES-ECO025-NA) o equivalentes de conformidad con el Reglamento (CE) nº 834/2007. Cuando*

35 <https://hacienda.navarra.es/sicportal/mtoAnunciosModalidad.aspx?cod=2001311254333459D6FE>

el porcentaje ofertado sea inferior al 100%, pero superior al 50% (exigible como requisito obligatorio en el pliego de prescripciones técnicas) se otorgará de acuerdo a la siguiente fórmula: $P = P_{\text{máx}} \cdot \%$. Se considerará que los productos que lleven una etiqueta ecológica comunitaria o nacional cumplen la condición.

2. CANAL DE DISTRIBUCIÓN Y PROXIMIDAD: 2.1. Canal directo y canal corto para distribución del producto. 20 puntos por el empleo de **canales directos de comercialización (sin ningún/a intermediario/a)**, o 15 puntos por el empleo de **canales cortos de comercialización (hasta un/a intermediario/a)**. **Se valorará la ausencia o reducción de intermediarios/as en la cadena de distribución y comercialización, al garantizar una mejor prestación del servicio, una rápida atención de las demandas previstas y sobrevenidas, y al implicar una garantía en la trazabilidad del producto y facilita el control de calidad de los alimentos. Se entenderá que no existen intermediario/as también en los casos de asociaciones de productores/as puesto que ejercen la intermediación directa de forma asociada.** Canal directo (sin intermediario) 20 puntos Canal corto (1 intermediario) 15 puntos

2.2. **Producto de proximidad:** 15 puntos al % de producto de proximidad ofertado. Se entenderá por producto de proximidad **aquel cuyo lugar de producción y transformación diste como máximo 200 kilómetros de la sede del órgano de contratación.** Esta distancia será medida en kilómetros por carretera. $P = P_{\text{máx}} \cdot \%$ ofertado”

Els criteris d'adjudicació segueixen, per tant, la pròpia filosofia del projecte, centrada en la qualitat diferenciada dels aliments de proximitat i el canal de distribució. A més, es tenen en compte a l'hora d'avaluar les propostes, les accions de transferència de coneixement, sensibilització i educació alimentària, mediambientals i de justícia social. D'acord amb els objectius del projecte, l'oferta econòmica deixa de ser el criteri més rellevant a l'hora d'adjudicar un contracte: representa 20 punts sobre 100. El servei de restauració preveu un cost d'1,45 euros per menú. Ara bé, les famílies paguen el servei com a part de la tarifa de jornada completa a les escoles infantils, la qual té en compte diferents trams de renda³⁶.

Els objectius d'Hemengoak són múltiples: en primer lloc, s'identifica la necessitat de canviar el sistema de gestió de menjadors de les escoles infantils. En segon lloc, s'atorga la màxima importància a l'elaboració de menús saludables, a partir de matèries primeres adaptades a la temporalitat i a la producció ecològica, per a la transmissió d'hàbits saludables a tota la comunitat educativa. Per últim, es vol ampliar el projecte pedagògic a través de campanyes de sensibilització i jornades de formació amb totes les figures involucrades en el projecte, començant pels productors locals.

Empreses públiques i cooperatives de consum d'energia verda

L'Acord Marc per a la contractació del subministrament d'energia elèctrica de l'Ajuntament de Barcelona i altres organismes associats i l'atenció i reducció de la pobresa energètica³⁷,

³⁶ <https://www.pamplona.es/ayuntamiento/varios/tarifas-escuelas-infantiles-publicas-municipales-y-del-gobierno-de-navarra-0>

³⁷ https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/notice.pscp?reqCode=viewCn&idDoc=20986962&version=20773686&lawType=2

publicat el 18 de gener de 2017, va introduir per primera vegada en la contractació per al subministrament elèctric, una clàusula de condicions d'execució relatives a l'aplicació de la Llei 24/2015, del 29 de juliol, de mesures urgents per afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge i la pobresa energètica. També va dividir el contracte en tres lots³⁸.

En concret, la clàusula 18 del Plec de Condicions Administratives Particulars, entre d'altres condicions especials d'execució, preveia el següent:

“Clàusula 18. Condicions especials d'execució i obligacions del contractista derivats de l'acord marc i de la contractació derivada.

1. Condicions especials d'execució

Atenent a que l'objecte del contracte és la voluntat d'atendre i reduir la pobresa energètica s'estableixen les següents condicions especials d'execució:

-Durant el primer semestre de l'execució de l'Acord Marc, l'empresa adjudicatària signarà un acord o conveni amb l'Ajuntament de Barcelona, conforme a l'establert a l'article 6.3 de la Llei 24/2015, de 29 de juliol, de mesures urgents per afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge i la pobresa energètica, i en base a la proposta de conveni presentat per part de la Generalitat de Catalunya.”

L'Acord Marc per a la contractació del subministrament d'energia elèctrica de l'Ajuntament de Barcelona i altres organismes associats i l'atenció i reducció de la pobresa energètica l'Ajuntament de Barcelona va ser anul·lat pel Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la Resolució 44/2017³⁹, que va estimar parcialment el recurs especial presentat via judicial per l'empresa Endesa Energía SAU contra els plecs i l'anunci de l'Acord.

En el cas que ens ocupa, la resolució de l'Acord Marc es podia efectuar, per exemple, en cas que es produís una subcontractació (clàusula 25) o si l'empresa adjudicatària deixés d'aparèixer al Registre de Comercialitzadores d'Energia Elèctrica de la CNMC durant el període d'execució o es produís algun tall de subministrament provocat per l'impagament a l'empresa distribuïdora.

Tanmateix, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic va resoldre a favor de les empreses. Va justificar que les condicions especials d'execució considerades, relacionades amb la pobresa energètica, no es podien incorporar dins d'un contracte l'objecte del qual era únicament el subministrament d'energia elèctrica. D'altra banda, tampoc es va considerar vàlid que l'òrgan de contractació hagués incorporat aquestes clàusules perquè el contractista complís amb la Llei.

El Tribunal va considerar que “aquest Tribunal aprecia que l'anunci de licitació i els plecs han de ser anul·lats ja que, d'una banda, l'objecte del contracte no s'ajusta al TRLCSP i, per l'altra, l'atenció i reducció a la pobresa no pot ser establerta com una condició especial d'execució en els termes en què s'ha plantejat en els plecs examinats, per resultar contrària la manera com s'ha articulat al TRLCSP i la Directiva 24/2014/UE.”.

³⁸ <https://ajuntament.barcelona.cat/premsa/2017/01/17/barcelona-estableix-clausules-de-lluita-contra-la-pobresa-energetica-i-ambientals-en-la-contractacio-del-subministrament-electric/>

³⁹ http://www.obcp.es/sites/default/files/documentos/documentos_Resolucio-num.-44_2017_20974b6e.pdf

Davant d'aquesta situació, l'Ajuntament de Barcelona va haver de negociar amb les empreses Endesa i Nexus Energia el subministrament d'energia de manera temporal a través d'un contracte pont, a l'espera de la resolució del recurs contenciós administratiu que es va presentar contra l'anul·lació del contracte esmentada⁴⁰.

Finalment, i com a pràctica a destacar superadora de l'àmbit de la contractació pública responsable, l'Ajuntament ha creat una empresa metropolitana comercialitzadora pública d'energia, Barcelona Energia⁴¹, que va començar a subministrar energia al consistori el 2018 i des del 2019, també ho fa als equipaments de l'Àrea Metropolitana de Barcelona i a la ciutadania, per a un màxim de 20.000 habitatges. L'energia és d'origen 100% renovable, és a dir, procedent de fonts no fòssils.

Segons informa a la seva pàgina web, la comercialitzadora ha tancat l'any 2019 amb més de 1.400 usuaris ciutadans i amb 5.000 punts públics gestionats. Així doncs, amb una gestió de més de 6.000 punts de subministrament, es posiciona com la comercialitzadora pública de referència de tot l'estat espanyol⁴². Tanmateix, no és l'única a l'Estat espanyol, on hi ha altres ciutats, com Cadis, que consumeix des de 2016 energia renovable de l'empresa Eléctrica de Cádiz (55% pública)⁴³ i Pamplona, a través de la comercialitzadora municipal d'energia "Operador Energético Municipal de Pamplona", aposten per models similars al de Barcelona

D'altra banda, alguns Ajuntaments s'abasteixen a través de la cooperativa d'energia sense ànim de lucre 100% renovable Som Energia⁴⁴, com és el cas d'Avià que, entre d'altres bones pràctiques d'eficiència, producció energètica i foment del vehicle elèctric, té contractada la totalitat del subministrament municipal amb aquesta entitat de l'Economia Social i Solidària des de 2016 (va ser el primer municipi de tot l'Estat). El plec de prescripcions tècniques particulars va preveure ja aleshores que *"les empreses adjudicatàries es comprometen a que la totalitat (100%) de l'energia elèctrica que subministri tingui garantia d'origen d'energia renovable. La justificació i presentació dels certificats de l'energia comercialitzada es presentaran d'acord amb les condicions especificades al plec de clàusules administratives particulars"*.

Així doncs, existeixen diferents models de subministrament elèctric amb energia 100% renovable i diferents mecanismes per accedir-hi, ja sigui a través de comercialitzadores públiques o de la contractació pública responsable amb empreses de l'economia social i solidària.

40 <https://ajuntament.barcelona.cat/premsa/2017/03/17/endesa-i-nexus-donaran-temporalment-el-servei-del-subministrament-electric-a-lajuntament-de-barcelona/>

41 <https://www.barcelonaenergia.cat/ca/>

42 <https://www.barcelonaenergia.cat/ca/barcelona-energia-celebra-el-seu-primer-any-de-servei-a-la-ciutadania/>

43 <https://comercializadora.electricadecadiz.es/por-que-elegir-electrica-de-cadiz>

44 <https://www.somenergia.coop/ca/>

CONCLUSIONS

Hem iniciat aquest capítol explicant com la Unió Europea no obliga a la gestió indirecta dels serveis públics i, per tant, que els Estats membres són lliures per determinar com serà la seva gestió, amb la finalitat d'assolir el compliment de les obligacions inherents a la naturalesa de serveis públics. Per tant, seria possible acollir-se a modalitats no contractuals per determinats serveis considerats essencials o per a la gestió dels béns comuns. D'altra banda, també es poden explorar els límits de la contractació pública, en el cas que els Estats membres regulin la gestió indirecta dels serveis a través de procediments en lliure concurrència. Així, el TJUE ha estat fluctuant a l'hora de decidir sobre la tensió entre lliure mercat i prevenció del «dumping social».

Les directives europees de contractació pública, que han estat transposades, en gran part, a través de la Llei de contractes del sector públic de 2017, incorporen novetats pel que fa a la visió de la contractació com una política pública més dels estats. En conseqüència, la nova Llei estableix la regla de la millor relació qualitat-preu en l'adjudicació del contracte, inclou diverses novetats pel que fa ja no a la possibilitat, sinó a l'obligació, d'introduir criteris socials, mediambientals o de gènere al procediment de contractació, tant com a requisit de solvència tècnica (de manera restrictiva), a la fase d'adjudicació del contracte com a la fase d'execució. Hem posat exemples de clàusules de contractes que incorporen un criteri d'adjudicació en l'àmbit de la contractació indefinida, de condicions especials d'execució referits a l'oferta salarial dels treballadors/es de l'empresa licitadora.

Així mateix, hem exposat com es pot limitar o condicionar la subcontractació, o si més no, utilitzar-la perquè les empreses subcontractants, que hauran de complir també les condicions especials d'execució del contracte, siguin empreses de l'economia social i solidària. També, hem explicat i posat exemples de com els plecs poden establir penalitats per al cas d'incompliment de les condicions especials d'execució i que se'ls hi pot atribuir expressament el caràcter d'obligacions contractuals essencials, per en cas d'un a l'incompliment del contracte, procedir a la seva resolució. A més, hem posat exemples de com es poden introduir tots aquests criteris en els diferents lots del contracte, atès que ja és una obligació dividir en lots l'objecte de la compra sempre que la naturalesa o l'objecte del contracte ho permetin.

Amb tot, s'ha justificat que no només és la normativa de contractació pública que obliga que la contractació pública sigui estratègica, sinó que també la normativa sectorial, amb la intenció que els seus mandats siguin transversals en tota la normativa, en especial, en matèria d'igualtat entre dones i homes. En conseqüència, els tribunals s'hi han remès per justificar les clàusules amb criteris d'equitat de gènere en les licitacions. Tanmateix, la importància en la seva efectivitat, dels criteris en matèria de gènere, però també en matèria social i mediambiental, rau en la verificació i control del compliment de les clàusules establertes als contractes per part de l'òrgan de contractació. Per això és important també, com s'ha exposat, la previsió de mesures als plecs en aquest sentit.

Per últim, i també a mode de conclusió les qüestions precedents, analitzats els límits que ofereix la contractació pública responsable i el conflicte permanent que suposa la protecció dels drets laborals, en especial, als països del sud i en els sectors feminitzats, en el context global de lliure mercat, hem exposat altres vies de prestació dels serveis públics fora de la contractació. O si

més no, la necessitat que ha mostrat el Projecte de Llei de serveis a les persones («Llei Aragonès»), que hi hagi un debat social sobre el model de gestió de determinats serveis, que no té perquè passar necessàriament per la contractació pública. S'ha mostrat a través de diversos casos, com es pot avançar cap a la gestió directa democratitzada o cap a una gestió comunitària que incloguin també uns criteris de compromís social en la seva gestió i vagin més enllà de la mera prestació d'un servei o confecció d'un producte com a petits passos per la transformació social.

BIBLIOGRAFIA

Cavas Martínez, Faustino (2017). Las cláusulas sociales sobre fomento, calidad y mantenimiento del empleo en la contratación pública. Publicat a *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (261-282). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Ferrando García, Francisca María; Rodríguez Egío, María Monserrate (2017). Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: un ejemplo de la contratación entre las libertades económicas y la protección frente al "dumping" social. Publicat a *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (217-238). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

González García, Julio V. (2018). La tramitación parlamentaria de la Ley de Contratos del Sector Público. Revista Aragonesa de Administración Pública (Nº Extra 18), págs. 45-58, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6887518>, p. 48

Informe «Experiències d'èxit en compra pública socialment responsable», elaborat per diverses entitats en el marc del projecte Landmark: www.setem.org/media/pdfs/LANDMARK2014-CAT.pdf

Informe «El procés de verificació de la responsabilitat social en les cadenes de subministrament», elaborat per diverses entitats en el marc del Projecte Landmark: https://landmark-project.eu/fileadmin/files/cat/LANDMARK-guia_legal-www-cat.pdf

Informe de resultats. Aplicació de les noves guies i clàusules de contractació social i ambiental de l'Ajuntament en les entitats proveïdores de salut a Barcelona. Informe de resultats. Consorci de Salut i Social de Catalunya, 28 de març de 2018 <http://docplayer.es/78548290-Aplicacio-de-les-noves-guies-i-clausules-de-contractacio-social-i-ambiental-de-l-ajuntament-en-les-entitats-proveidores-de-salut-a-barcelona.html>

https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/notice.pscp?reqCode=viewCn&idDoc=35054306

Informe de resultats. Aplicació de les noves guies i clàusules de contractació social i ambiental de l'Ajuntament en les entitats proveïdores de salut a Barcelona. Informe de resultats. Consorci de Salut i Social de Catalunya, 28 de març de 2018, p. 27

Ajuntament de Barcelona i Consorci de Salut Social de Catalunya (2018). Aplicació de les noves guies i clàusules de contractació social i ambiental de l'Ajuntament en les entitats proveïdores de salut a Barcelona. Disponible a: <http://docplayer.es/78548290-Aplicacio-de-les-noves-guies-i-clausules-de-contractacio-social-i-ambiental-de-l-ajuntament-en-les-entitats-proveidores-de-salut-a-barcelona.html>

Medina Arnáiz, Teresa (2017). Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo. Publicat a *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (55-80). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. p. 70

Moreno Molina, José Antonio. 29/04/2019. «Grave incumplimiento español del derecho de la UE por la falta de trasposición de la directiva de contratos públicos en los sectores especiales». Recuperat de <http://www.obcp.es/opiniones/grave-incumplimiento-espanol-del-derecho-de-la-ue-por-la-falta-de-trasposicion-de-la>

Moreno Molina, José Antonio. (2018). *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*. Albacete: Bomarzo.

Rego Blanco, María Dolores (2017). Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017. *Nueva Época*. (Nº 4). Págs. 151-159. Recuperado de <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10502/11198>

Rodríguez Márquez, Jesús y Lesmes Zabalegui, Santiago. Intermón Oxfam «*Guía práctica para impulsar una contratación pública libre de paraísos fiscales*» Diciembre de 2017. p. 23. Recuperat de https://web.oxfamintermon.org/minisites/zonaslibres/downloads/Guia_practica_para_una_contratacion_publica_libre_de_PF.pdf

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (2008). Libertad de prestación de servicios y acción sindical. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2008, págs. 109-128, p. 125 y 126

Ruiz Daimiel, Manuel. (11/12/2017). La resolución del contrato por impago de los salarios o por incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenidos colectivos en la nueva ley de Contratos del Sector Público. Recuperat de <http://www.obcp.es/opiniones/la-resolucion-del-contrato-por-impago-de-los-salarios-o-por-incumplimiento-de-las>

