

POSSIBILITAT D'INTRODUIR CLÀUSULES SOCIALS A LA CONTRACTACIÓ LOCAL

Normativa aplicable

- Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques (TRLCAP).
- Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre pel qual s'aprova el Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques.
- Directiva 77/62/CEE sobre contractes de subministraments, modificada per les Directives 80/767/CEE i 88/295/CEE.
- Directiva 92/50/CEE sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes de serveis
- Directiva 93/36/CEE, de coordinació dels procediments de celebració dels contractes públics de subministraments
- Directiva 93/37/CEE sobre coordinació dels procediments de celebració dels contractes públics d'obres

Principis de les directives sobre contractació pública

Els principis bàsics que es dedueixen de la normativa europea sobre la contractació pública són fonamentalment els següents:

- Prohibició de discriminació
- La transparència dels procediments d'adjudicació que s'aconsegueix mitjançant la publicació dels anuncis corresponents en el DOCE
- La descripció precisa dels únics procediments aplicables per a l'adjudicació dels contractes: procediment obert, restringit i negociat

- La transparència en els procediments de selecció de candidats i d'adjudicació mitjançant la utilització de criteris objectius que s'han de conèixer quan s'inicia el procediment de contractació

El dret comunitari limita l'establiment de clàusules de tipus social en els contractes administratius a determinades fases del cicle contractual. Així segons la jurisprudència comunitària, es pot imposar una clàusula social en forma d'obligació general aplicable a la fase d'execució del contracte, però no pot constituir un criteri de preselecció de les empreses ni un criteri d'adjudicació del contracte: A l'article 18 de la Directiva 93/37/CEE, de 14 de juny s'estableix que prèviament a l'adjudicació d'un contracte s'ha de verificar l'aptitud de l'adjudicatari tenint en compte criteris de capacitat econòmica, financera i tècnica. Per altra banda l'article 30 de la Directiva 93/37/CEE preveu que els poders adjudicadors es basaran en el preu més baix o en criteris objectius com el termini d'execució el cost d'utilització o el valor tècnic de la proposta. El Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea en la sentència Beentjes, de 20 de setembre de 1988 va considerar correcta jurídicament la introducció, en un contracte celebrat per una Administració Local, una clàusula que imposava a l'adjudicatari l'obligació d'ocupar treballadors en situació d'atur perllongat.

Previsions de la normativa interna sobre la contractació pública

Els criteris de selecció i adjudicació dels licitadors per part de les Administracions Públiques estan regulats a la normativa estatal vigent, TRLCAP, amb la finalitat que aquestes contractin les empreses més competitives, sense que hi hagi consideracions de tipus social. Així segons es preveu a l'article 11 del TRLCAP "els contractes de les Administracions públiques s'ajustaran als principis de publicitat i

concurrència, menys les excepcions establertes per la present Llei i, en tot cas, als d'igualtat i no discriminació". Aquesta previsió dificulta doncs que es puguin establir com a criteris de selecció de les empreses que aquestes siguin empreses d'inserció.

Ara bé, la Disposició Addicional 8^a del TRLCAP, que es refereix als criteris d'adjudicació, i per altra banda el marge d'actuació que disposen les Administracions Públiques en la determinació de les condicions d'execució del contracte ofereixen cobertura per establir clàusules socials en la contractació administrativa.

En la Disposició Addicional 8^a es preveu la preferència en l'adjudicació de contractes a favor d'empreses que comptin en la seva plantilla amb un determinat percentatge de disminuïts però sempre que la proposta tingui les mateixes condicions que la proposta més avantatjosa, i així s'hagi establert al plec de condicions. En aquest cas no s'està obrint la porta a que s'estableixi com a criteris d'adjudicació que les empreses comptin amb un determinat número de disminuïts sinó que és un criteri per resoldre un possible empat entre dues empreses resolent a favor de la que compte amb major percentatge de disminuïts.

La Disposició Addicional 8^a en el seu paràgraf primer textualment disposa:

" 1. Els òrgans de contractació podran indicar en els plecs de clàusules administratives particulars la preferència en l'adjudicació dels contractes per les proposicions presentades per aquelles empreses públiques o privades que, en el moment d'acreditar la seva solvència tècnica, tinguin en la seva plantilla un número de treballadors minusvàlids no inferior al per cent, sempre que aquestes proposicions igualin en els seus termes les més avantatjoses des del

punt de vista dels criteris objectius que serveixin de basa per l'adjudicació.”

En la normativa de la contractació administrativa vigent no trobem cobertura jurídica per tal d'establir preferències de tipus social entre els criteris de selecció dels contractistes ja que en els articles 16 i següents del TRCAP s'estableixen taxativament els criteris per a la determinació de la capacitat i solvència econòmica, financera, tècnica i professional i en l'article 20 es preveuen les circumstàncies que comporten la prohibició de contractar amb l'Administració. No és possible, per tant, establir per part de la corporació local més límits dels fixats a la llei.

Com ja s'ha esmentat anteriorment no hi ha tampoc cobertura legal per tal d'establir preferències de caràcter social entre els criteris de selecció. Aquests es troben regulats a l'article 86 del TRLCAP que es refereix a criteris objectius: “ el preu, la fórmula de revisió, el termini d'execució o entrega, el cost d'utilització, la qualitat, la rendibilitat, el valor tècnic, les característiques estètiques o funcionals, la possibilitat de recanvis, el manteniment, l'assistència tècnica, el servei post venda o altes de similars”.

A la vista de l'exposat es pot deduir que no es tracta d'un llistat tancat de criteris de selecció però en qualsevol cas els criteris que s'estableixin han de ser criteris objectius per tal de determinar l'empresa més competitiva. L'únic supòsit en què és admissible la preferència d'una oferta en base a un cert criteri de tipus social és el previst a la Disposició Addicional 8^a esmentada anteriorment.

La via per tal d'establir algun tipus de condicions socials en la contractació administrativa és mitjançant la fixació d'obligacions de tipus social a les empreses adjudicatàries, com a condició d'execució

dels contractes en base a l'article 4 relatiu a la llibertat de pactes; aquest article disposa que l'Administració pot establir els pactes i condicions que es considerin convenients sempre que no siguin contraris a l'interès públic, a l'ordenament jurídic o als principis de bona administració. Així doncs, la introducció d'una clàusula de tipus social en el plec de condicions administratives que obligui al contractista a contractar a determinat número de treballadors integrats en projectes i programes d'inserció té cobertura legal.

Per tant, si en el plec de condicions consta una clàusula d'aquest tipus és vinculant per l'adjudicatari ja que totes les clàusules del plec són part del contracte, article 49 del TRLCAP, i a més la presentació de proposicions per part dels licitadors presumeix l'acceptació de totes les clàusules, article 79 del TRLCAP. A més és possible per tal d'assegurar el compliment d'aquest tipus de condicions que en la fase d'adjudicació es demani informació referent a la possibilitat de complir les condicions imposades però en cap cas es podria utilitzar aquesta circumstància com a criteri d'adjudicació.

El Síndic de Greuges en l'informe anual que es va presentar recentment al Parlament de Catalunya s'inclina per la inclusió d'algun tipus de clàusula social a la contractació administrativa en la fase d'execució dels contractes, així en el seu informe exposa el següent:

“La Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en el marc de les atribucions que té conferides en tant que òrgan consultiu específic en matèria de contractació de l'Administració de la Generalitat, va emetre la Recomanació 1/2001, de 5 d'abril, sobre clàusules socials en la contractació administrativa. Aquesta recomanació, que es fonamenta en els plantejaments de la Comissió Europea i la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Europea, s'inclina per admetre les clàusules socials

com a condicions d'execució contractual que ha de realitzar l'empresa adjudicatària, sempre que això no tingui efectes discriminatoris i es comuniqui a l'anunci de licitació pública del contracte. (.....)

El Síndic entén que mesures com les descrites són eficaces per incorporar els aspectes socials a la contractació pública i, per tant, és necessari potenciar, per tots els mitjans, la seva consideració i posada en funcionament per part dels poders públics habilitats per fer-ho. Tanmateix, aquesta Institució també considera que aquestes mesures són propostes que, a la pràctica, no eliminen les limitacions en què es troben determinats col·lectius per accedir a la contractació pública.(.....)

La mateixa Comissió Europea, en la Comunicació interpretativa sobre la legislació comunitària de contractes públics i les possibilitat d'integrar aspectes socials en aquests contractes, de 15 d'octubre de 2001, manifesta que cal compaginar els valors perseguits en l'àmbit del mercat interior amb la consecució dels objectius que es volen assolir amb la política social, la qual ha tingut un paper fonamental en el desenvolupament de la potència econòmica europea, gràcies a la implantació d'un model social únic en el seu gènere.(.....)

En aquest informe (informe 4/2001, de 23 de novembre) la Comissió Permanent conclou que reitera les argumentacions i conclusions de la seva Recomanació 1/2001, de 5 d'abril, que es consideren ratificades per la recent Comunicació de la Comissió Europea amb data 15 de setembre de 2001.

Sobre la possibilitat d'integrar aspectes socials en els contractes públics, considera convenient, segons les regulacions normatives actuals, que les clàusules socials siguin considerades condicions d'execució contractual i articulades per cada òrgan de contractació en

les licitacions en què així es decideixi. Sobre l'oportunitat de regular la incorporació de les clàusules socials com a criteri per a l'adjudicació dels contractes públics, la Junta entén que la Comissió Europea no la considera viable i, en correspondència amb aquests plantejaments comunitaris, considera que la Llei de contractes de les administracions públiques no conté cap regulació que doni cobertura a aquesta recomanació.”

Conclusions

A la vista del que s'ha exposat es pot concloure que hi ha cert consens a nivell europeu i també dels òrgans consultius de contractació en no admetre la possibilitat d'incloure clàusules socials en els criteris d'adjudicació dels contractes, criteris aquests que han d'ésser objectius i no discriminatoris en qualsevol cas.

Ara bé, s'aprecia cert consens també en admetre que s'hagin de complir clàusules socials però com a condicions d'execució del contracte per part de l'adjudicatari, obligacions aquestes que han d'ésser conegudes per part de tots els licitadors en el moment en què concorren a un concurs públic i per tant s'han d'establir al plec de condicions administratives que es publica.