

# Sobre el Anteproyecto de Ley de contratos del sector público. Propuestas para una compra pública socialmente responsable

Carlos Askunze Elizaga (REAS Euskadi)

En marzo de este año 2015, se presentó un borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Desde entonces ha pasado por diferentes audiencias e informes preceptivos, si bien a fecha de hoy (octubre) no se ha hecho público un nuevo texto. En estos momentos está a la espera del inicio del trámite parlamentario que se ha visto interrumpido por la convocatoria de elecciones generales el 20 de diciembre. Así que hasta que no se constituya el nuevo parlamento y gobierno el proceso estará paralizado.

Al respecto hay que recordar que el 18 abril de 2016 se cumplen los dos años preceptivos que los gobiernos europeos tienen como plazo máximo para trasponer a su legislación la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública. En cualquier caso, disponemos de unos meses para trabajar con los grupos parlamentarios las enmiendas que consideremos oportunas.

## 1. Una regulación insuficiente

El texto presentado es claramente insuficiente en relación a la introducción de criterios sociales y medioambientales que son en los que vamos a centrar nuestras propuestas. Sin embargo no podemos olvidar las insuficiencias del texto también en otros aspectos de gran importancia en relación a la lucha y prevención de la corrupción o los posibles conflictos de intereses. Por desgracia estos asuntos no son menores, dada la proliferación de estos casos en los últimos años que han conseguido que en el imaginario ciudadano la contratación pública esté a menudo asociada a intereses guiados por la obtención de beneficio propio de modo ilegal, por la complicidad entre responsables de contratación y empresas contratistas, o por oscuras tramas para la financiación de partidos políticos.

Las imprecisiones, ambigüedades y la poca concreción en relación a estos aspectos (tanto sobre la introducción de criterios sociales o el respeto a normas laborales y ambientales, así como sobre la lucha contra la corrupción) han sido señaladas en el Dictamen 8/2015 del 25 de junio del Consejo Económico y Social.

Hay que señalar que en la *exposición de motivos* del Anteproyecto se dejan claros los contenidos sociales que debiera tener la contratación pública: “permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo a objetivos sociales”; “los órganos de contratación podrán dar prioridad a la calidad, consideraciones medioambientales, aspectos sociales o a la innovación”; “conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las PYMES”; etc. En realidad se está haciendo mención al espíritu de la Directiva

2014/24/UE. Sin embargo su trasposición a los contenidos del articulado es claramente insuficiente y no se corresponde con las pretensiones señaladas.

Es por ello que nuestra primera propuesta es la de hacer una revisión en profundidad del texto, de manera que su articulado recoja con mayor claridad y precisión los criterios de tipo social y ambiental recogidos en la Directiva europea y en la propia *exposición de motivos* del Anteproyecto.

## **2. Obligatoriedad de inclusión de criterios sociales y ambientales (exposición de motivos)**

El Anteproyecto de Ley, tal y como se señala en su *exposición de motivos*, es taxativo al respecto: “se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Así se impone al órgano de contratación la obligación de introducirlas, pero se le deja en libertad para que pueda decidir si las incluye en cada contrato en concreto como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución”.

Sin embargo estas consideraciones apenas se explicitan posteriormente en forma de criterios aplicables en las diferentes fases del proceso de contratación, por lo que es difícil que las personas responsables de estos procesos (que no tienen por qué tener conocimiento de cómo introducir determinadas cláusulas en materia social o medioambiental) realmente las incluyan.

Igualmente cabe preguntarse por el grado de seguimiento y de control de dicha obligatoriedad, respecto a lo que no se menciona nada concreto en el Anteproyecto.

Desde esta perspectiva, proponemos que se expliciten dichos criterios (como señalaremos más adelante) además de contemplar mecanismos de verificación de su inclusión en los procedimientos, así como de seguimiento sobre el grado de su cumplimiento en el desarrollo del contrato.

## **3. Negocios y contratos excluidos (sección 2ª, artículo 5)**

En la sección 2ª del anteproyecto se establecen algunos negocios y contratos excluidos de lo señalado por la Ley por su carácter especial (defensa y seguridad, ámbito internacional, investigación, patrimonio...), además de dedicar el artículo 5 a una figura de relación, los convenios, que quedaría también al margen de esta Ley y que se establecerían entre diferentes tipos y niveles de administraciones públicas y/o entre éstas y entidades privadas.

En ese sentido, cabe señalar que tanto la citada Directiva 2014/24/UE, como la 2014/23/UE *relativa a la adjudicación de los contratos de concesión*, señalan la posibilidad de establecer una regulación diferenciada de los contratos de servicios o de concesión de servicio público, referidos a los servicios sociales y servicios a las personas, dejando una amplia discrecionalidad a las administraciones para la selección de los prestadores de servicios, así como un amplio margen de maniobra dado el contexto cultural y el carácter delicado de dichos servicios. En concreto, y en la concesión de estos servicios, los criterios más importantes son aquellos referidos a

la calidad, continuidad, accesibilidad, asequibilidad, el cumplimiento de los derechos y la adaptación a las necesidades de las personas usuarias, etc.

Pues bien, la especificidad de estos servicios puede ser razón de exclusión de los procedimientos de la Ley de contratos, utilizando para su concesión otras fórmulas como el convenio o la concertación con determinado tipo de entidades de carácter social que preserven los valores y características del servicio antes señaladas, excluyendo cualquier interés económico en su ejecución.

La posibilidad de realizar estos convenios entre administraciones públicas y entidades del tercer sector de acción social para la prestación de servicios sociales o de atención a la personas, ya se encuentra contemplada en diferentes normativas autonómicas (artículos 60 al 70 de la Ley 12/2008 de Servicios Sociales del País Vasco, artículos 89 y siguientes de la Ley 4/2009 de las Islas baleares, artículos 21 y siguientes de la Ley 5/2009 de Servicios Sociales de Aragón y Título VIII de la Ley 16/2010 de Servicios Sociales de Castilla y León).

Nuestra propuesta es que se estudien qué tipo de servicios sociales y de atención a las personas debieran quedar fuera de todo carácter mercantil y, por ello, limitado a su ejecución por determinadas iniciativas y empresas sociales y de carácter no lucrativo, a través de fórmulas de convenio y concertación. Obviamente habría que delimitar con precisión los servicios a excluir de la Ley de contratos, las características especiales y de homologación de las entidades prestatarias, el acceso a la concesión de dichos servicios y las condiciones en su ejecución.

#### **4. Contratos reservados (disposición adicional cuarta)**

Hay que indicar que ha sido la Ley 31/2015 de 9 de septiembre *por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social* la que ya ha modificado la todavía en vigor Ley de Contratos del Sector Publico en esta materia.

Esta modificación (recogida en el artículo 4 de la Ley 31/2015, con una redacción menos confusa que la recogida en el Anteproyecto que estamos analizando) establece la posibilidad de establecer contratos reservados sin límite económico alguno a Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción (ambas figuras con sus propias regulaciones y registros, dirigidos los primeros a personas con discapacidad y las segundas a personas en situación o riesgo de exclusión social) y programas de empleo protegido. Se establece, así mismo, la obligatoriedad de que se fijen en cada administración contratante porcentajes mínimos de reserva para dichos contratos. De esta manera se traspone el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, ampliando la posibilidad de estos contratos reservados a Empresas de Inserción, dado que la Ley de Contratos del Sector Público los establecía hasta ahora tan sólo para Centros Especiales de Empleo.

Consideramos una buena noticia esta ampliación, si bien creemos que debiera recogerse el texto de la Ley 31/2015 en el propio articulado del Anteproyecto y no como disposición adicional.

Por otro lado, no ha sido traspuesto al Anteproyecto el artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE que, con el título *Contratos reservados para determinados servicios*, señala lo siguiente:

*1. Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores estén facultados para reservar a determinadas organizaciones el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud que se contemplan en el artículo 74 y que lleven los códigos (...).*

*2. Las organizaciones a que se refiere el apartado 1 deberán cumplir todas las condiciones siguientes:*

*a) que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado 1;*

*b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones de participación;*

*c) que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas; y*

*d) que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.*

Es decir, en este caso la normativa europea no habla de la exclusión de determinados contratos de la legislación de contratación pública (como los considerados en el punto 3), pero sí de la posibilidad de que algunos de ellos por su carácter social, puedan ser reservados a determinadas entidades y empresas que, por las características que explicita, se traten de Economía Social y Solidaria (principalmente cooperativas, pero también podrían cumplir dichos requisitos otras figuras asociativas).

¿Qué se indica con ello? Que determinados servicios de carácter social no deben estar a merced del concurso público y por tanto, y en parte, de ofertas e intereses económicos. Así mismo, reconoce que hay determinadas organizaciones adjudicatarias (como en el caso anterior de los centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción) que deben preservarse y discriminar positivamente desde la administración pública, en este caso, además, por su trayectoria y vinculación de este tipo de organizaciones a la provisión de ese tipo de servicios.

Es por ello que solicitamos que esta posibilidad de contratación reservada se incorpore al Anteproyecto, trasponiendo lo que indica la Directiva europea, amparando la no sujeción de determinados servicios sociales de interés público a empresas de carácter lucrativo y favoreciendo con ello la provisión de estos servicios por parte de entidades de Economía Social y Solidaria.

La consideración y cumplimiento de los requisitos que deben contar las entidades adjudicatarias tendrán que explicitarse, además de garantizar el cumplimiento de otras características y obligaciones recogidas en el propio Anteproyecto para toda entidad beneficiaria con independencia de que el contrato sea de carácter reservado.

### **5. Criterios de adjudicación del contrato (artículo 145)**

La redacción del artículo 145 es especialmente escueta en relación a la inclusión de criterios cualitativos que “podrán referirse, entre otros, a los siguientes aspectos: (...) la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; debiéndose entender incluidos los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución de proyecto”.

Como ya hemos señalado en el punto 2, estas referencias resultan claramente insuficientes, especialmente para quienes vayan a redactar las condiciones del contrato. De entrada, con el de “entre otros” se abre la posibilidad a que se incorporen criterios no señalados y, posteriormente, se ponen como ejemplos algunos aspectos de modo genérico.

Por lo tanto, creemos que es oportuno realizar una redacción de este texto mucho más amplia que, aún dejando la puerta abierta a nuevas consideraciones, explicita el conjunto de aspectos a considerar y se ofrezcan listados de criterios a incorporar.

No deja de ser sorprendente que, dentro de este artículo, en el punto 9 se explicita de forma mucho más concreta la inclusión de criterios sociales como preferencia para la adjudicación de contratos en caso de desempate. Situación que no suele ser habitual en la mayoría de procedimientos.

### **6. Condiciones especiales de ejecución del contrato (artículo 200)**

El artículo 200 va un poco más a allá que el anterior en la redacción del tipo de condiciones de ejecución en materia medioambiental, social y relativas al empleo, pero aún así sigue siendo claramente insuficiente. Se siguen presentando de forma genérica y no se recogen todas las posibilidades concretas que existen en estos ámbitos.

Es especialmente grave, porque estas condiciones especiales suponen una herramienta muy importante de incorporación de criterios sociales en la ejecución del contrato, ya que son de obligado cumplimiento en su ejecución. De esta manera, la administración pública tiene una oportunidad única de orientar socialmente la ejecución de cualquier contrato.

Por lo tanto, y al igual que en lo relativo a criterios de adjudicación, en este caso también consideramos oportuno realizar una redacción más amplia del artículo, en el que se explicita el conjunto de aspectos a considerar y se ofrezcan listados de condiciones especiales a incorporar.

En relación a este aspecto, creemos también que es muy importante que se establezcan mecanismos y responsabilidades claras para el seguimiento y control del

cumplimiento de estas condiciones, porque de lo contrario (como sucede en ocasiones) se quedarán sin efecto real.

## **7. Prohibiciones de contratar (artículo 71) y obligaciones en materia medioambiental, social y laboral (artículo 199)**

Por último, consideramos que hay que hacer una mención explícita a la necesidad de establecer protocolos más consistentes que garanticen el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral que deben cumplir las empresas contratistas de la administración pública. Tanto en relación a su exclusión en procedimientos (prohibición de contratar), como en garantizar su cumplimiento en la ejecución de los contratos.

### **Avanzar en una política de Compra Pública Socialmente Responsable**

Quienes como REAS (Red de Economía Alternativa y Solidaria) apostamos por la transformación del modelo económico, somos conscientes de la importancia de incidir en los comportamientos de consumo tanto de la población en general, como de organizaciones e instituciones en particular.

En este terreno el papel de las administraciones públicas es clave dado su peso económico (su consumo en la UE representa alrededor del 15% del PIB). Una institución se convierte así en un agente económico importante, además de regulador y generador de políticas públicas. La Compra Pública Socialmente Responsable permite precisamente unir ambos aspectos: desde el consumo y la compra pública se pueden favorecer, complementar y multiplicar los efectos de muchas políticas públicas en materia social, medioambiental, económica, de empleo, de igualdad entre mujeres y hombres... Políticas que transformen la sociedad, y particularmente la economía, desde criterios de equidad, solidaridad y sostenibilidad.

Desde esta perspectiva, la Ley de Contratos del Sector Público es una herramienta clave que puede contribuir al desarrollo de una política de Compra Pública Socialmente Responsable. Por todo ello hacemos un llamamiento a partidos políticos y grupos parlamentarios, sindicatos, agentes económicos y asociaciones de consumo, movimientos sociales y entidades del tercer sector, así como especialmente a todo el movimiento de la Economía Social y Solidaria, a que redoblen sus esfuerzos para que en el periodo de tramitación de dicha Ley, consigamos introducir todos los aspectos que demanda una buena y transformadora política de compra pública.

Octubre de 2015