

El sector público español de la contratación y su relación con la economía social¹

The spanish public sector of recruitment and its relationship with the social economy

MARÍA DEL PINO DOMÍNGUEZ CABRERA²

RESUMEN

El contenido de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en España, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, ha permitido que los contratos públicos queden sometidos de manera explícita e implícita, a las consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Estas consideraciones podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar. Es por ello, que el presente trabajo constata la importancia implementada del cumplimiento de los valores que definen la economía social, convirtiéndose en elementos integrantes en la contratación pública.

Palabras claves: Contratos de las Administraciones Públicas, empresas, igualdad de oportunidades, principios de la economía social.

1 Fecha de recepción: 19 de octubre de 2021. Fecha de aceptación: 13 de diciembre 2021
Para citar el artículo: Domínguez M. "El sector público español de la contratación y su relación con la economía social". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 20, N° 2 julio–diciembre 2021.

DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v20n2.02>

2 Doctora en Derecho. Profª. Área de Derecho Mercantil. Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria –RULESCOOP-. <https://orcid.org/0000-0001-9967-3587>. Colaboradora del Centro de Estudos Organizacionais e Sociais do Politécnico do Porto (CEOS.PP). Correo electrónico: mariadelpino.dominguez@ulpgc.es

ABSTRACT

The content of Law 9/2017, of November 8, on Contracts of the Public Sector in Spain, by which the Directives of the European Parliament and Council 2014/23 / EU and 2014/24 / EU are transposed into the Spanish legal system , of February 26, 2014, has allowed public contracts to be submitted explicitly and implicitly, to considerations of social, environmental and innovation and development. These considerations may be included both when designing the award criteria, as qualitative criteria to evaluate the best value for money, or as special execution conditions, although their introduction is subject to their being related to the object of the contract to be executed. For this reason, this work confirms the implemented importance of compliance with the values that define the social economy, becoming integral elements in public procurement.

Keywords: Contracts of the Public Administrations, companies, equal opportunities, principles of the social economy.

1. INTRODUCCIÓN

El contenido de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público³, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), ha permitido la inclusión y vinculación de la necesaria participación de los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las empresariales, así como las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos siempre que se cumplan determinadas circunstancias como que su financiación sea mayoritariamente pública y respecto de los contratos sometidos a regulación armonizada, haciendo que los contratos

3 Última actualización publicada el 04/07/2018. Recurso 4261/2018 promovido contra determinados preceptos (Ref. BOE-A-2018-12259). Atender a las siguientes referencias: SE DICTA DE CONFORMIDAD con el art. 324.5, y establece las cuantías en él exigidas: Orden HAC/834/2018, de 31 de julio (Ref. BOE-A-2018-11043). SE MODIFICA el art. 32.7 y SE AÑADE la disposición adicional 54, por Ley 6/2018, de 3 de julio (Ref. BOE-A-2018-9268). CORRECCIÓN de errores en BOE núm. 126 de 24 de mayo de 2018 (Ref. BOE-A-2018-6892). SE DICTA DE CONFORMIDAD con el art. 324.5 y fija la cuantía del valor estimado de contratación: Resolución de 7 de mayo de 2018 (Ref. BOE-A-2018-6342). Recurso 739/2018 promovido contra el art. 289.2, disposición adicional 43 y finales 9, 11, 12 (Ref. BOE-A-2018-3583). SE DICTA DE CONFORMIDAD, y crea la comisión para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública: Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo (Ref. BOE-A-2018-3081). SE MODIFICA los arts. 20.1, 21.1. a) y b), 22.1. a) y b), 23.1. a) y b) y 318. b), por Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre (Ref. BOE-A-2017-15717).

públicos asuman como propios las consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Estas consideraciones podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar.

En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo.

En el ámbito *medioambiental*, se exigen certificados de gestión medioambiental a las empresas licitadoras, como condición de solvencia técnica, esto es, para acreditar la experiencia o el «buen hacer» de esa empresa en el ámbito de la protección del medio ambiente.

Respecto de los *temas sociales*, se siguen regulando los contratos reservados a centros especiales de empleo o la posibilidad de reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, extendiéndose dicha reserva a las empresas de inserción y exigiéndoles a todas las entidades citadas que tengan en plantilla el porcentaje de trabajadores discapacitados que se establezca en su respectiva regulación. En el ámbito de la discapacidad, se recoge como causa de prohibición de contratar con las entidades del sector público el no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de los empleados de las empresas de 50 o más trabajadores sean trabajadores con discapacidad, cuestión ya adelantada mediante la modificación del hasta ahora vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

Además, con el ánimo de favorecer el respeto hacia los *derechos humanos*, y en especial hacia los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras y de los pequeños productores de países en vías de desarrollo, se introduce la posibilidad de que tanto los criterios de adjudicación como las condiciones especiales de ejecución incorporen aspectos sociales del proceso de producción y comercialización referidos a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate, y en especial podrá exigirse que dicho proceso cumpla los principios de comercio justo que establece la Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo (2005/2245(INI)) en su apartado 2.

En el ámbito de la *innovación y desarrollo*, con la idea de favorecer a las empresas más innovadoras, destaca especialmente la introducción del nuevo procedimiento de asociación para la innovación, el cual se ha previsto expresamente para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración. Se trata,

por tanto, de supuestos en que las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación.

Se trata, por tanto, de un procedimiento en el que podrían distinguirse, esquemáticamente, cuatro momentos diferenciados: selección de candidatos, negociación con los licitadores, la asociación con los socios, y la adquisición del producto resultante.

A este esquema responden los artículos de la Ley dedicados a la regulación de este nuevo procedimiento, *pero en el que sin duda la preocupación y defensa de la economía social se remarca como un elemento integrante e innovador en la legislación española.*

La Ley de Economía Social 5/2001 delimita que las entidades de la economía social deben perseguir el interés general, de forma directa o en conjunción con los intereses de sus miembros usuarios actuando necesariamente conforme con ciertos determinados principios que configuran el concepto de economía social que está en constate reestructuración.

2. LOS VALORES DE LA ECONOMÍA SOCIAL IMPLÍCITOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UNIÓN EUROPEA

Resulta necesario la explicación de los motivos que ha llevado a la necesidad de modificar en la legislación española la normativa referida la contratación pública y ello en relación a la ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión que ha ido acarreado problemas de *inseguridad jurídica, obstaculiza la libre prestación de servicios y falsea el funcionamiento del mercado interior*⁴, y que por ello era oportuno buscar directrices de actuación comunes.

La reglamentación Europea define *las concesiones* como contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago. Estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios.

La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un

4 Vid. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DOUE» núm. 94, de 28 de marzo de 2014- DOUE-L-2014-80597).

riesgo operacional⁵ de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones no puede suponer el aliviar al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato.

Dicho ello, la preocupación parte del referente de los operadores económicos, en particular las pequeñas y medianas empresas (PYME), que se veían privados de los derechos que les confería el mercado interior perdiendo grandes oportunidades comerciales; además, de reconocer la posibilidad de que las autoridades públicas no estaban dando un uso óptimo a los fondos públicos, con lo que los ciudadanos de la Unión no podrían disfrutar de unos servicios de calidad al mejor precio.

Ello justifica que se hable de la necesidad de instaurar un marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible en el ámbito de la adjudicación de concesiones que garantice a todos los operadores económicos de la Unión un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado y que afiance la seguridad jurídica, favoreciendo así la inversión pública en infraestructuras y servicios estratégicos para el ciudadano. Ese marco Europeo habla de normas claras y sencillas sin generar una burocracia excesiva.

La contratación pública desempeña un papel clave en la estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («la estrategia Europa 2020»), haciendo necesario que los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) se apliquen de manera uniforme en todos los Estados miembros y que se eliminen las discrepancias de interpretación de dichos principios en toda la Unión facilitando la igualdad de acceso y la participación equitativa de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la adjudicación de los contratos de concesión. Todo ello, sin olvidar que los Estados miembros y las

5 Cfr. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que delimita ese riesgo como el que deriva de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro.

autoridades públicas son libres para definir y especificar las características de los servicios que hayan de prestarse, incluidas las eventuales condiciones relativas a la calidad o el precio, de conformidad con el Derecho de la Unión, con el fin de lograr sus objetivos de interés público.

Frente a la fundamentación de la Directiva también es verdad, que se clarifica su ámbito de aplicación con la delimitación de lo que *queda excluido de la regulación con carácter imperativo y con carácter potestativo*:

1.- Con carácter imperativo queda excluida:

i.- la legislación en materia de seguridad social de los Estados miembros;
ii.- la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas, ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios;

iii.- la mera financiación de una actividad, en particular por medio de subvenciones;

iv.- los sistemas basados en una decisión de una autoridad pública por la que se definen condiciones transparentes y no discriminatorias sobre el acceso permanente de los operadores económicos a la prestación de determinados servicios (v.gr. servicios sociales, pudiendo los clientes elegir entre los operadores);

v.- los actos de los Estados miembros, como las autorizaciones o licencias, en virtud de los cuales el Estado o una autoridad pública establece las condiciones para el ejercicio de una actividad económica, con inclusión del requisito de llevar a cabo una operación determinada, que por lo general se conceden a petición del operador económico y no por iniciativa del poder adjudicador o entidad adjudicadora, y en los que el operador económico queda libre de renunciar a la prestación de las obras o servicios⁶;

vi.- determinados acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos o cualquier propiedad pública, especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario, en los que el Estado, poder adjudicador o entidad adjudicadora establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos;

vii.- los acuerdos que confieren derechos de paso relativos a la utilización de bienes públicos inmobiliarios para el suministro o explotación de líneas fijas o redes destinadas a prestar un servicio al público, en la medida en que tales acuerdos no impongan la obligación, por parte de un poder adjudicador o entidad adjudicadora, de suministro de servicios a sí mismos o a los usuarios finales ni impliquen adquisición alguna de servicios;

6 Para dichos actos de los Estados miembros pueden ser de aplicación las disposiciones específicas de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

viii.- los contratos que no conlleven pagos al contratista y en los que este reciba su retribución de acuerdo con tarifas reglamentadas calculadas de manera que cubran la totalidad de los costes e inversiones que este haya soportado para prestar el servicio;

ix.- los contratos de concesión cuyo valor no sea superior o igual a un umbral determinado, que debería ser reflejo del interés transfronterizo manifiesto de las concesiones para los operadores económicos situados en Estados miembros que no sean los del poder o la entidad adjudicadora⁷;

x.- determinadas concesiones de servicios adjudicadas a operadores económicos cuando se adjudiquen en virtud de un derecho exclusivo del que ese operador goza en virtud de disposiciones nacionales legales o reglamentarias, o administrativas publicadas, y cuya concesión se ajusta al TFUE y a actos de la Unión que establecen normas comunes sobre acceso al mercado aplicables a determinadas actividades detalladas (intereses esenciales de seguridad, equipo militar, equipo sensible, obras sensibles y servicios sensibles⁸), en la que la concesión de tales derechos exclusivos hace imposible seguir un procedimiento de adjudicación competitivo;

xi.- los métodos de organización y control del funcionamiento de los juegos de azar y apuestas, inclusive mediante autorización;

xii.- determinados servicios de emergencia prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, más allá de lo estrictamente necesario;

xiii.- los partidos políticos que por lo general al no tratarse de poderes ni entidades adjudicadores;

xiv.- determinadas concesiones de servicios y obras adjudicadas a una empresa asociada cuya actividad principal sea proporcionar esos servicios u obras al grupo al que pertenece y no comercializarlos en el mercado⁹;

xv.- el sector del agua, y las concesiones de obras y servicios para suministrar o explotar redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable o a suministrar agua potable a dichas redes. servicios para la evacuación o

7 Sigue señalando la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que es necesario definir el método de cálculo del valor estimado de una concesión y que debe referirse al volumen de negocios total de la empresa concesionaria en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, calculado por el poder o la entidad adjudicador, excluido el IVA, durante la duración del contrato.

8 Tal como están definidos en la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

9 La Directiva Europea sigue despejando conceptos y establece que dos empresas están asociadas cuando existe una influencia dominante directa o indirecta entre la entidad adjudicadora y la empresa de que se trate, o bien cuando ambas se hallan bajo la influencia dominante de otra empresa; en este contexto, la participación privada no debe considerarse pertinente por sí misma. La comprobación de si una empresa está asociada o no a una entidad adjudicadora determinada debe ser lo más sencilla posible.

tratamiento de aguas residuales y para proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje siempre referido a un porcentaje de volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable;

xvi.- la adjudicación de concesiones efectuadas por organismos internacionales por cuenta propia y en su propio nombre;

xvii.- la adjudicación de concesiones para la prestación de determinados servicios de medios audiovisuales y de radiodifusión por parte de los prestadores del servicio de comunicación;

xviii.- las concesiones adjudicadas a personas jurídicas controladas por el poder o entidad adjudicador que ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que la persona jurídica controlada dedique más del 80 % de sus actividades a la ejecución de funciones que le hayan sido asignadas por el poder o entidad adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder o entidad adjudicador independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato;

xix.- los servicios públicos o entidades adjudicadores que cooperen en la realización de todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido, como las tareas obligatorias o facultativas de los poderes locales o regionales o los servicios confiados a organismos específicos de Derecho público;

xx.- los servicios con menor dimensión transfronteriza, como algunos servicios de carácter social, sanitario o educativo.

2.- Con carácter potestativo se permite la exclusión:

i.- a determinadas concesiones de servicios y obras adjudicadas por una entidad adjudicadora a una empresa conjunta constituida por varias entidades adjudicadoras con el objeto de ejercer actividades incluidas en el ámbito de la presente Directiva y de la que dicha entidad forma parte;

ii.- a los contratos celebrados dentro del sector público;

Luego, la *delimitación conceptual* y su ámbito de *aplicación*, viene acompañado de la aparición de que dicha operación de concesión ha de atener al cumplimiento de *requisitos medioambientales, sociales y laborales*. Así, en los procedimientos de adjudicación de concesiones, resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos de la legislación medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre que dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión, también las obligaciones derivadas de acuerdos internacionales ratificados por todos los Estados miembros.

Es este planteamiento de la Directiva la que permite afirmar que es de manera implícita lo que lleva a que los procedimientos de adjudicación de concesiones deben dar cumplimiento a los valores que fundamentan la existencia de la economía social.

Tal es así que queda establecido la necesidad de que se ejecuten medidas:

i.- para proteger *el orden, la seguridad y la moralidad públicos, la salud, la vida humana y animal y la conservación de las especies vegetales o de otras medidas medioambientales*, en particular teniendo en cuenta el desarrollo sostenible, siempre que dichas medidas sean conformes con el TFUE;

ii.- para garantizar *la transparencia del procedimiento de adjudicación* y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores. Dichas medidas deben estar encaminadas, en particular, a eliminar los conflictos de intereses y otras irregularidades graves.

iii.- para adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de la concesión en lo que se refiere a las obras, suministros o servicios que vayan a facilitarse en el marco de un contrato de concesión en cualquiera de los aspectos y en cualquier fase de sus ciclos de vida, desde la extracción de materias primas para el producto hasta la fase de la eliminación del producto, incluidos los factores que intervengan en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de dichas obras, suministros o servicios, o un proceso específico en una fase ulterior de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. Entre los criterios y condiciones referentes a dicho proceso de producción o prestación puede figurar, por ejemplo, que los servicios objeto de la concesión sean prestados mediante maquinaria eficiente en materia de energía. Obsérvese que el nivel de exigencia se extiende a *los proveedores* que se relacionan con el adjudicatario, configurando verdadero aspecto de integración social.

iv.- para *garantizar las condiciones básicas de trabajo* reglamentadas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva. Por su parte, y esto con carácter potestativo, es establece que las condiciones de ejecución de la concesión pueden también estar destinadas a favorecer la aplicación de medidas que *fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o del bienestar de los animales, a respetar el contenido de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y a contratar un número de personas desfavorecidas superior al que exige la legislación nacional.*

v.- para las medidas destinadas a *proteger la salud del personal que participa* en el procedimiento de ejecución de la concesión, a favorecer la integración social de las *personas desfavorecidas* o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar la concesión o a ofrecer formación

para adquirir las competencias necesarias para la concesión pueden también estar sujetas a criterios de adjudicación o a condiciones de ejecución de la concesión siempre que se refieran a las obras o servicios que hayan de facilitarse en el marco de la concesión.

Luego, *a contrario*, el carácter imperativo a la negativa a la adjudicación de concesiones a operadores económicos que entre otros, hayan participado en una organización delictiva o hayan realizado actos delictivos de trata de seres humanos, confirma la inclusión presunta de los valores en la economía social, posibilitando también que los poderes y entidades adjudicadores excluyan a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a incumplimientos graves o reiterados de obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad, o a que hayan cometido otras formas de falta profesional grave, como infracciones de las normas sobre competencia o de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

También es verdad, que aceptándose las subcontratas, se impone la necesidad de que se garantice que estas cumplen las obligaciones aplicables en los ámbitos de la legislación medioambiental, social y laboral, establecidas por la legislación de la Unión, la legislación nacional, convenios colectivos o por disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral, lo que debe llevar a que cada Estado miembro cuente en su legislación nacional de un mecanismo de responsabilidad solidaria entre los subcontratistas y el concesionario.

Importante el reconocimiento que nada impide que los criterios establecidos en la contratación puedan ser mejorados en todo lo que beneficie en particular a los derechos laborales.

3. LOS VALORES DE LA ECONOMÍA SOCIAL IMPLÍCITOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

Huelgan los comentarios explicativos de la necesidad de que las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que son vinculantes jurídicamente en su totalidad han obligado a España como Estado miembro a transponerla al Derecho nacional a través de la reseñada LCSP.

La LCSP señala como las entidades del sector público valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública¹⁰.

Pero, ese contenido implícito en valores de la economía social se manifiesta en la LCSP, más en extenso al regular:

10 Vid. art. 28.2 LCSP.

i.- los documentos en los que se formalizan los contratos que celebren las entidades del sector público, que salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deben incluir, necesariamente, entre sus menciones la definición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta en la definición del objeto las *consideraciones sociales, ambientales y de innovación* y también la obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución de contrato las normas y condiciones fijadas en *el convenio colectivo* de aplicación¹¹.

ii.- las causas de anulabilidad de derecho administrativo, las infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la LCSP, de conformidad con lo establecido la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹².

iii.- a contrario, una vez se detalla quienes no podrán contratar las personas –físicas y jurídicas- en quienes concurra entre otras haber sido condenadas por la trata de seres humanos, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección medio ambiente, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente¹³.

iv.- los contratos en los que se exijan como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el licitador cumple determinadas normas de gestión medioambiental, reconociéndose los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también aceptándose otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presente el licitador, y, en particular, una descripción de las medidas de gestión medioambiental ejecutadas, siempre que el licitador demuestre que dichas medidas son equivalentes a las exigidas con arreglo al sistema o norma de gestión medioambiental aplicable¹⁴.

v.- como el órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales e inserción socio-laboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato, solicitándose a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento

11 Vid. art. 35.1 c), n) LCSP.

12 Vid. art. 40 LCSP.

13 Vid. art. 71 LCSP.

14 Vid. art. 94 LCSP.

de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de fiscalidad, protección del medio ambiente, protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales e inserción socio-laboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad, y protección del medio ambiente¹⁵.

El Tribunal de Justicia de la UE sentencia¹⁶ que la reserva de contratación pública a favor de Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social *es conforme a la legislación comunitaria*. Es de observar como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) declara que la normativa estatal de contratación pública, que prevé la reserva de un porcentaje (del 7% al 10%) en favor exclusivamente de Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social *es conforme a la legislación comunitaria*. Su antecedente parte de la impugnación del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que entendió que podía haber una cuestión prejudicial, por lo que la sometió a un dictamen previo del Tribunal Europeo de Justicia, para saber si la legislación española *podía o no colisionar con la europea y sus principios inspiradores*.

La sentencia declara que la legislación española *es conforme* a la comunitaria, que *no hay colisión* y que los Estados miembro, en este caso, España, *pueden ir más allá de lo que establece la normativa común europea y añadir exigencias o requisitos específicos, siempre que respondan a los principios de proporcionalidad y adecuación, debidamente justificadas, concluyen que tanto el requisito relativo al apoyo y a la participación, directa o indirecta, en más del 50 % de entidades sin ánimo de lucro en los CEE de iniciativa social, como el relativo a la obligación de reinvertir la totalidad de los beneficios en los propios CEE, parecen adecuados*, para que se promueva la reserva establecida de contratación pública con dichas entidades. Dicho lo anterior, la reserva de licitaciones públicas pretende contribuir al empleo de las personas con discapacidad, reforzando el marco legal de la contratación pública.

vi.- como los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas y se referirán entre otros, a favor de aquellas empresas que tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa, proposiciones de empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones

15 Vid. art. 129 LCSP.

16 Vid. STJ 06/10/2021, C-598/19 (ECLI:EU:C:2021:810).

de carácter social o asistencial, las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial, también a favor de las ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo para la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo, las proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla, menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas, mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas¹⁷.

vii.- los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado¹⁸, además con el establecimiento de condiciones de ejecución especiales relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social (en particular, la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica).

CONCLUSIONES

Resulta sumamente gratificante observar como el legislador español ha ido implementando los principios que delimitan conceptos de economía social que están en constante replanteamiento y evolución en todos los ámbitos jurídicos, y de manera más reciente en el que hace relación a la contratación

17 Vid. art. 147 LCSP.

18 Vid. arts. 201 y 202 LCSP.

pública, quedando claro, que la legislación española de contratos públicos del 2017, no colisiona con normas de la Unión Europea y puede seguir aplicándose sin ninguna duda acerca de su legalidad.

Dicho lo anterior, también es cierto que su inclusión no tiene un marcado carácter explícito, pues habrá de entenderse en algunos supuestos de manera implícita y otras de análoga interpretación.

Por ello, la economía social y la contratación pública habrá de entenderse relacionada desde el momento que atiende a las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, haciendo efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; cuando se señala respetar la contratación de un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; cuando se promueve el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; cuando se habla de licitación con empresas que adopten medidas tendentes a eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; cuando se favorece la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; cuando se combate el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; cuando se fomenta favorecer la formación en el lugar de trabajo; de igual manera cuando se garantiza la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; cuando se habla de la adopción de medidas para prevenir la siniestralidad laboral; cuando se garantiza el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables.

REFERENCIAS

- Cepes España (2018): "Contratación pública desde la perspectiva de la Economía Social", *Guía Políbea de la discapacidad*, n.º. 222, pp. 6-8.
- FAJARDO GARCÍA, G.I (2017): "La contribución de la Economía Social a una sociedad innovadora, inclusiva y responsable, como objeto de investigación universitaria", en FAJARDO GARCÍA, G.I (coord.) *Empleo, innovación e inclusión en la economía social problemática jurídica y social*, pp. 7-16.