

INFORME 15/2022, DE 22 DE DICIEMBRE, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

OBJETO: ANTEPROYECTO DE LEY DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA Y SU GARANTÍA, PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN.

I.- ANTECEDENTES.

El Órgano de Contabilidad del Departamento de Economía y Hacienda ha presentado ante esta Junta solicitud de informe en relación con la propuesta de anteproyecto de Ley de los derechos de la infancia y la adolescencia y su garantía, prevención y protección.

El expediente se tramita a través de la aplicación informática para la tramitación electrónica de procedimientos Tramitagune, con la referencia DNCG_LEY_2823/19_04.

II.- COMPETENCIA.

En primer lugar, el artículo 3. 1 de la Ley 6/2022, de 30 de junio, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General establece que “se entienden por disposiciones normativas de carácter general las que, cualquiera que sea la materia sobre la que versen, adoptan la forma de ley, decreto legislativo, decreto u orden, y contienen normas jurídicas que innovan el ordenamiento jurídico, sirviendo de fundamento para una pluralidad de actos durante un lapso de tiempo determinado o indeterminado”.

Asimismo, la Junta Asesora de Contratación Pública tiene competencia para emitir informe sobre el anteproyecto de la norma de referencia, por tener ésta incidencia sobre la contratación pública, en base a lo dispuesto en el apartado 1 de la letra a) del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que dicta:

“Artículo 27. – Funciones consultivas.

En el ejercicio de la función consultiva, corresponde a la Junta Asesora de Contratación Pública las siguientes actuaciones:

a) Informar con carácter preceptivo en los siguientes supuestos:



1.– Los proyectos o anteproyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación pública o que incidan en dicho ámbito, cuya aprobación sea competencia del Consejo de Gobierno o de los Consejeros y Consejeras del mismo.”

Dado que se trata de un proyecto de disposición que no tiene por objeto la creación de entidades del sector público ni la regulación de las estructuras orgánicas y funcionales de las entidades de la Administración General e Institucional de la CAE, de acuerdo con el artículo 30 del citado Decreto 116/2016, la competencia para la aprobación de este informe corresponde al Pleno de la Junta Asesora.

III.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

El Anteproyecto de Ley de los derechos de la infancia y la adolescencia y su garantía, prevención y protección, en sus artículos 56.2, 81.3 b) y 125.2 f), alude a diferentes aspectos de la contratación pública a lo largo de su articulado. En concreto, se refieren a la inclusión de cláusulas de carácter social en los procedimientos de contratación.

En este sentido, cláusula social puede definirse como aquella condición de ejecución del contrato establecida por la normativa vigente o por el órgano de contratación en los pliegos de prescripciones administrativas particulares, que resulta exigible a los licitadores y contratistas y que tiene por finalidad promover, impulsar o garantizar objetivos sociales de interés general.

En la exposición de motivos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero del Parlamento europeo y del Consejo, sobre contratación pública se destaca la importancia de que los estados miembros y los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en que se realicen las obras o se presten los servicios. Las mencionadas medidas derivan de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, ya sean nacionales o de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre y cuando dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión.

Asimismo, el Ap. 88 de la citada exposición de motivos obliga a implantar aquellas medidas pertinentes con arreglo a los principios básicos del Derecho de la Unión, en especial, para velar por la igualdad de trato y no discriminar, directa o indirectamente, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros estados miembros. Igualmente, incluye una lista no exhaustiva de criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales y los poderes adjudicadores deben estar autorizados para incluir las



cláusulas sociales en cualquiera de las fases del ciclo de vida del contrato, lo que incluye a las empresas subcontratadas (Ap. 97 de la exposición de motivos).

En relación a lo anterior, la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), 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 recoge en el apartado II de su Exposición de Motivos *“la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.”*

El artículo 99.1 de la LCSP recoge la obligación de definir el objeto del contrato especialmente en aquellos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten. Asimismo, se señala que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán las consideraciones sociales, laborales y ambientales que se empleen, bien como criterios de solvencia, bien como condiciones especiales de ejecución de los contratos.

Respecto al análisis del Anteproyecto objeto del presente informe, los artículos 56.2 y 81.3 b) se encuadran dentro del Título III promoción del bienestar de la infancia y la adolescencia y del ejercicio de sus derechos. El primero de los mencionados está regulado en el Capítulo III Actuaciones para la promoción del derecho a la crianza y a las relaciones en el ámbito familiar. El segundo, por su parte, queda encajado en el Capítulo X Actuaciones para la promoción de los derechos en el ámbito laboral. Mientras, el último de los citados, relacionados con la contratación, queda enmarcado dentro del Título IV Prevención, detección y atención de situaciones perjudiciales para la salud, la educación, el bienestar material y la inclusión social de la infancia y la adolescencia, en concreto, en el Capítulo Prevención, detección y atención de situaciones perjudiciales para el bienestar material y la inclusión social.

A tenor del artículo 56.2 *“Las administraciones públicas vascas, desde sus órganos de contratación, introducirán cláusulas sociales dirigidas a dar prioridad, en los procedimientos de contratación pública, a las empresas que acrediten su compromiso con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y el fomento de la misma entre sus trabajadores y trabajadoras.”* Según lo establecido en el citado precepto, se busca promover la inclusión de cláusulas sociales. Bien es cierto que la inclusión de tales



cláusulas requiere que guarde relación con el objeto del contrato, de lo contrario son susceptibles de ser recurridas; debiendo de estar justificada su incorporación y conexión con el objeto contractual.

Por su parte, el artículo 81.3 b) establece que “ *Las administraciones públicas vascas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, desarrollarán las siguientes actuaciones de promoción: (...) b) Incorporarán, en los procedimientos de contratación y de concesión de subvenciones, cláusulas de responsabilidad social para fomentar la inserción laboral de las personas mayores de 16 años que no desean proseguir con sus estudios, mediante programas de formación dual que les ofrezcan un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida con un itinerario formativo u ocupacional específico para el desempeño de un oficio.*”

Al igual que lo analizado en el anterior artículo también se alude a la introducción de cláusulas sociales en la contratación. En este sentido, la exigencia de tal vinculación entre el objeto del contrato y los criterios sociales, supone una labor nada fácil para los órganos de contratación. Son habituales y numerosas las resoluciones en las que los diferentes tribunales administrativos de recursos contractuales se han pronunciado al respecto.

Finalmente, el último de los artículos, 125.2 f), indica lo siguiente: “*Estas medidas deberán articularse, preferentemente, a nivel local, tanto en el ámbito comunitario como en el medio familiar, e irán orientadas a la consecución de los siguientes fines: (...) f) Incorporar, en los procedimientos de contratación y de concesión de subvenciones, cláusulas de responsabilidad social para fomentar la inserción laboral de las personas adolescentes referidas en la letra anterior.*”

La inclusión de las cláusulas sociales siempre va a requerir que guarde relación con el objeto contractual. Así las cosas, requiere que se encuentren bien argumentados los motivos por los que se incluyen tales criterios: siendo, por tanto, necesario justificar de manera expresa en el expediente el porqué de su incorporación.

Los tres artículos analizados buscan fomentar la inclusión de cláusulas sociales. Ahora bien, como se ha mencionado anteriormente, es necesario que dichas cláusulas sociales estén vinculadas al objeto del contrato y, que dicho vínculo se encuentre justificado debidamente.

Pues bien, en el tercer apartado del artículo primero la LCSP requiere de la incorporación de criterios como los que se están analizando, siempre y cuando cumpla con la premisa de estar vinculado al objeto contractual: “*En toda contratación pública se incorporarán de*



manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.”

A colación con lo argumentado hasta ahora, debe de tenerse en cuenta, también, lo señalado por la LCSP en el artículo 145 párrafos 2 y 6 *“La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo (...) Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida ...”*

Cierto es que los tres artículos estudiados prevén la introducción en los contratos de criterios que dispongan de consideraciones sociales, pero, en la práctica resulta complejo incluir dichos criterios, puesto que, como se ha señalado en los párrafos anteriores, los tribunales pueden revocarlos por no estar vinculados con la prestación objeto del contrato.

Son varias y diversas las resoluciones por las que los muchos tribunales se han pronunciado: una de las que se puede destacar es la resolución 027/2022, de 8 de febrero, de la titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC), en la que se indica lo que sigue: *“Entre los requisitos que según el artículo 145.5 LCSP deben cumplir los criterios de adjudicación, se halla el de que deben estar vinculados al objeto del contrato, requisito que se cumplirá cuando se refieran o integren las prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de la prestación o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida (art. 145.6 de la LCSP).”*

El OARC, en su resolución 033/2019, de 11 de febrero, vuelve a reparar en la exigencia de la unión entre los criterios sociales y el objeto contractual: *“Además de que, como ya se ha dicho, la etiqueta A no acredita que toda la energía comercializada por una empresa sea de origen íntegramente renovable, la cláusula no es aceptable por incumplir este*



precepto, que establece que la condición especial debe estar vinculada con el objeto del contrato, en el sentido expresado por el artículo 145.6 de la LCSP. Esta vinculación requiere, en síntesis, que la condición se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida.”

Igualmente, en el Informe 38/22 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) relativo a la validez de cláusulas sociales señala que, en otros informes como el Informe 126/18 JCCPE, se acepta que la contratación pública *“puede constituir una herramienta jurídica apropiada para el cumplimiento efectivo de las políticas de los poderes públicos mediante la satisfacción de ciertos objetivos secundarios de la contratación pública.”* Sin embargo, recuerda también la necesidad de que las cláusulas no sean contrarias al principio de igualdad de trato y estén vinculadas al objeto del contrato, señalando a tal efecto la resolución 858/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Asimismo, el informe 1/2020 de la JCCPE indica que la Directiva 2014/24/UE admite el uso de cláusulas de tipo social como criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución del contrato en los Considerandos 3, 37 y 104. Por un lado, exige que su empleo se haga de una forma que garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos. Y, por otro lado, las cláusulas deben estar vinculadas al objeto del contrato, comprendiendo todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización, pero no los requisitos relativos a la política general de la empresa.

Respecto a la necesaria vinculación con el objeto del contrato, el informe 89/2021 de la JCCPE, determina que dicha vinculación concurre cuando *“exista una relación clara con la prestación que es el objeto del contrato público, es decir, cuando el criterio influya en todo o en parte en la ejecución de tal prestación durante cualquier etapa de su ciclo de vida.”* Y tal y como se recoge en las resoluciones 193/21, 858/20 y 235/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, esto implica que debe contribuir *“a mejorar la satisfacción de las necesidades del órgano de contratación”*.

En relación con todo lo anterior, puede concluirse que la redacción del articulado del anteproyecto de ley cumple con los diferentes preceptos relativos a contratación de la LCSP, así como lo establecido por el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre régimen de contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, a excepción de las apreciaciones realizadas.



En este sentido, se recomienda reformular la redacción de los citados artículos 56.2, 81.3 b) y 125.2 f) del anteproyecto, de manera que se recoja que la introducción de cláusulas sociales se vinculará al objeto del contrato, justificándose debidamente.

IV.- CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, y esperando se atiendan las precisiones y observaciones aquí vertidas, se informa favorablemente el anteproyecto de Ley.