



Protocolo de Actuación para Licitaciones en Cooperativas



Esta guía está subvencionada por la Consejería de Economía Y Conocimiento de la Junta de Andalucía en el marco de la convocatoria 2017 de la Dirección General de Economía Social y Autónomos de subvenciones con cargo a la medida "Fomento del emprendimiento social", convocada mediante Resolución de 6 de junio de 2017, de la Secretaría General de Economía, por la que se convoca la concesión de subvenciones recogidas en la Orden de 6 de junio de 2014. Expediente: 1078461



0. Contenido

Contenido

0. Contenido	3
1. Introducción	6
Objetivos	7
Contratación Pública Responsable.....	8
2. PLANIFICACIÓN Y ANÁLISIS DEL CONTRATO.....	10
Planificación.....	10
Consultas preliminares	11
Los Lotes.....	13
Acceso de las Pequeñas y medianas empresas.....	15
Alivio de la carga administrativa y sustitución de la documentación a presentar en fase de licitación por una declaración responsable.	17
Procedimiento e invitación a empresas	17
División del contrato en lotes, y limitación del número de lotes a los que se puede presentar una misma empresa y del número de lotes que puede resultar adjudicataria una misma empresa....	18
Reducción de las exigencias de participación relativas a la solvencia técnica, financiera y profesional.....	18
Reducción de la carga de las garantías y eliminación de la garantía provisional para tomar parte en las licitaciones.	20
El objeto del contrato	21
¿Es necesario vincular el objeto del contrato y los criterios sociales?	22
Propuesta de aplicación práctica	23
3. PROHIBICIONES PARA CONTRATAR.....	24
Normativa.....	24
Análisis.....	25
Obligación de contratar un 2 por 100 de personas con discapacidad	25
Obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad	26
¿Cómo se aprecian y aplican ambas prohibiciones para contratar?	27
Propuesta de aplicación práctica. Cláusulas	28
4. CONTRATOS RESERVADOS	32
Normativa.....	32
Contratos reservados a centros especiales de empleo y empresas de inserción.....	32
Contratos reservados a Cooperativas y resto de entidades de Economía Social.....	33
Análisis.....	34

Aspectos comunes en las dos clases de reserva de contratos	34
Procedimiento y tramitación	36
Los lotes reservados	36
Aspectos diferenciales en las dos clases de reserva de contratos	37
¿Se puede calificar como reservado cualquier contrato?	41
Una reserva obligatoria y otra voluntaria	45
La subrogación del personal	47
La reserva en ejecución	49
La subcontratación en los contratos reservados	49
Garantizar el cumplimiento	50
5. ETIQUETAS Y CERTIFICACIONES SOCIALES.....	52
Normativa.....	52
Análisis.....	53
Propuesta de aplicación práctica. Cláusulas	54
COMERCIO JUSTO.....	56
IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES.....	57
CERTIFICADOS DE RESPONSABILIDAD SOCIAL	57
CERTIFICADOS Y ETIQUETAS ECOLÓGICAS.....	58
6. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.....	61
Normativa.....	61
Análisis.....	62
Propuesta de aplicación práctica. Cláusulas	65
A. INSERCIÓN SOCIOLABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE PERSONAS EN SITUACIÓN O RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL.....	66
B- IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES.....	68
C- CALIDAD EN EL EMPLEO Y CARACTERÍSTICAS DE LA ECONOMÍA SOCIAL.....	72
D. EL PRECIO O COSTE DE LICITACIÓN	79
7. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN.....	86
Normativa.....	86
Análisis.....	87
Propuesta de aplicación páctica. Cláusulas	89
A. INSERCIÓN SOCIOLABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE PERSONAS EN SITUACIÓN O RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL.....	89
B. ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y DISEÑO PARA TODAS LAS PERSONAS	91
C. CUMPLIMIENTO DE CONVENIO COLECTIVO. SUBROGACIÓN. INFORMACIÓN SOBRE CONDICIONES LABORALES	92
D. IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES	94
E. CLÁUSULA ÉTICA	95

F. CLÁUSULA DE RESPONSABILIDAD FISCAL	96
8. CONCIERTOS SOCIALES.....	98
Normativa.....	98
Análisis.....	99
9. CUMPLIMIENTO Y VERIFICACIÓN.....	102
10 RESUMEN Y CONCLUSIONES PARA LAS EMPRESAS Y ENTIDADES DE LA ECONOMÍA SOCIAL.....	105
CHECKLIST DE CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE	106

1. Introducción

En la actualidad las licitaciones públicas suponen una opción cada vez más interesante para cualquier empresa y las cooperativas no pueden suponer una excepción.

Las Administraciones Públicas, como cualquier empresa privada y otras entidades públicas, necesitan para su funcionamiento proveerse de productos, servicios, suministros etc. Por ejemplo, para un hospital necesitan material quirúrgico, para los edificios necesitan energía eléctrica y un servicio de limpieza, para las bibliotecas libros y así con un sinnúmero de productos o servicios.

Para obtener esos productos o servicios, las Administraciones Públicas deben acudir al mercado y en ocasiones lo hacen a través de las licitaciones públicas. La licitación pública es el procedimiento mediante el cual el Estado hace una invitación abierta a todas aquellas personas tanto jurídicas como físicas para que hagan sus ofertas en torno a una determinada materia y, el Estado tras realizar un estudio de todas las ofertas, elige la propuesta más favorable y que cumpla los requisitos exigidos.

Participar en una licitación pública puede suponer una importante posibilidad de crecimiento para las cooperativas que además ganarán prestigio al haber colaborado con una Administración. Pero, antes de nada, es importante saber si estamos preparados para participar en una licitación y dónde podemos consultar las licitaciones existentes.

Es por lo que se crea esta Guía con un breve protocolo de Actuación que debe afrontar nuestra cooperativa para afrontar con el mayor éxito una Licitación Pública.

Otra misión muy importante de la presente Guía es el de analizar en profundidad el panorama normativo surgido tras la aprobación y entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, desde una perspectiva de contratación pública responsable y dirigida al fomento de la contratación pública de las cooperativas.

Se pretende analizar las posibilidades existentes con el actual marco jurídico y las dudas más habituales. Propondremos modelos de cláusulas susceptibles de ser incorporadas en los pliegos de contratación pública con plenas garantías jurídicas.

Y acompañaremos cada cláusula de su correspondiente sistema para la verificación de su cumplimiento, de forma que se facilite al máximo el trabajo a las personas responsables de la redacción de los pliegos y de la comprobación de la correcta ejecución de los contratos públicos.

Dichos modelos de cláusulas se plantearán para cada área temática (discapacidad, exclusión social, igualdad de género, calidad en el empleo, Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción, entidades y empresas de Economía Social, etc), y para cada fase procedimental (contratos reservados, criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución).



Objetivos

A través de una contratación pública responsable, desde FAECTA y en general desde la Economía Social se desearía promover los siguientes objetivos generales:

- Colocar a las Administraciones Públicas en un plano de innovación y compromiso con un empleo de calidad, con la igualdad de mujeres y hombres, con la cohesión social y con las personas más desfavorecidas.
- Fomentar las políticas públicas de responsabilidad social a través de la compra pública.
- Promover la contratación de empresas responsables, en particular los Centros Especiales de Empleo, las Empresas de Inserción, y al resto de las empresas y entidades de la Economía Social (Cooperativas, Sociedades Laborales, Asociaciones, Fundaciones...).
- Incorporar de forma transversal y preceptiva en la licitación y adjudicación de contratos el interés público y las necesidades ciudadanas.
- Colocar en el primer plano de la agenda pública y política las desigualdades sociales, actuando la contratación pública como elemento transformador.
- Demostrar que la contratación pública responsable, además de ética y legal, es eficiente desde el punto de vista económico.

Además, a través de las cláusulas sociales, se proponen los siguientes objetivos específicos y temáticos:

❖ En materia de igualdad de mujeres y hombres:

- Generar condiciones laborales de igualdad entre hombres y mujeres en las empresas que ejecutan contratos públicos.
- Promover el acceso al empleo de las mujeres.
- Favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, como un aspecto fundamental de la igualdad efectiva.
- Impedir el acceso a la contratación pública de las empresas que, estando obligadas por ley, incumplan la obligación de diseñar y aplicar un Plan de Igualdad.

❖ En materia de inserción sociolaboral de personas y colectivos desfavorecidos:

- Potenciar el acceso al empleo de las personas en situación o riesgo de exclusión social.
- Excluir de la contratación pública a las empresas que vulneran la obligación de contratar a un 2% de personas con discapacidad.



- Facilitar la adjudicación de contratos públicos de los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción.

- ❖ En materia de calidad en el empleo:

- Promover un empleo estable y de calidad.
- Exigir a los licitadores y contratistas el cumplimiento del convenio colectivo sectorial y territorial aplicable.
- Facilitar la transparencia en la información de aspectos laborales y salariales de las personas que prestan los contratos públicos.

- ❖ En materia de responsabilidad social de las empresas:

- Potenciar la contratación pública de empresas responsables, primando y valorando a las empresas con un valor añadido en materia social, como por ejemplo a las cooperativas y demás de empresas y entidades de la Economía Social.
- Estimular a través de las cláusulas sociales a las empresas que carecen de políticas de responsabilidad social.
- Establecer cuotas del mercado de contratos públicos para los Centros Especiales de Empleo para las Cooperativas, para las Empresas de Inserción y para el resto de las empresas de Economía Social.

Contratación Pública Responsable

Cualquier debate doctrinal o discrepancia jurídica sobre la legalidad de las cláusulas sociales ya está por completo superado, pues tanto la legislación europea como la normativa nacional de contratos públicos son absolutamente explícitas en el sentido no solo de abundar en la plena validez de los criterios sociales en la contratación pública, sino que considera de forma expresa que su inclusión debe conformar una prioridad en ciertos casos, y un mandato en otros (contratos reservados y condiciones especiales de ejecución).

La contratación pública responsable no supone una declaración retórica de intenciones, sino que se estructura a través de un mandato expreso y transversal en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En consecuencia, todas las propuestas, clausulados y planteamientos de la presente guía gozan de plenas garantías jurídicas. Y como ejemplo significativo del espíritu y el contenido normativo, comenzamos las referencias legales con los artículos 1º y 28º de la Ley de Contratos del Sector Público.



Artículo 1. Objeto y finalidad.

3. 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.

Artículo 28. Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación.

2. Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley

2. PLANIFICACIÓN Y ANÁLISIS DEL CONTRATO

Antes de comenzar a redactar e incluir cláusulas sociales en los pliegos, es imprescindible realizar una labor de análisis del contenido y las características del contrato, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- **Definir el objeto contractual con criterios sociales.**
- **Describir las necesidades a satisfacer y/o las finalidades u objetivos sociales del contrato.**
- **Estimar el personal necesario y su cualificación, lo que facilitará la selección de los criterios sociales.**
- **Calcular el precio conforme a los costes laborales y señalar el convenio colectivo o las condiciones laborales que se aplicarán a la plantilla.**
- **Realizar consultas preliminares.**
- **Involucrar en la redacción del pliego a otras áreas como empleo e inserción, igualdad, o medioambiente.**
- **Incorporar medidas que favorezcan a las pequeñas y medianas empresas.**
- **Dividir el contrato en lotes para favorecer a las pequeñas y medianas empresas.**
- **Reservar el contrato, o reservar lotes del contrato para Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción y/o entidades de Economía Social, en especial Cooperativas.**
- **Evaluar la idoneidad del contrato para políticas de género, o de inserción, o de calidad en el empleo, o de todos ellos combinados.**
- **Prever los sistemas de control y verificación, etcétera.**

Para esta fase previa, vamos a considerar algunas pautas señaladas en la normativa de contratos públicos.

Planificación

Un planteamiento por completo novedoso en la nueva legislación de contratos públicos y de indudable interés se halla en el artículo 28.4, que señala la obligación de planificar la actividad de contratación pública y dar a conocer de forma anticipada un plan de contratación pública, que al menos deberá recoger aquellos contratos sujetos a regulación armonizada.

Este artículo pone el foco en la planificación y la anticipación, virtudes ambas de las que suele adolecer la contratación pública, resultando habituales las quejas de los técnicos y las técnicas de contratación de tener que redactar, publicar y licitar los



pliegos de contratación de prisa y corriendo, por lo que en muchas ocasiones se toma el pliego que se utilizó hace cuatro años y se actualiza el IPC, siendo imposible estudiarlo con detenimiento para la inclusión de los criterios sociales más apropiados.

Artículo 28. Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación.

4. Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada.

Por el contrario, lo que nos sugiere la legislación y lo que aquí proponemos, es activar de manera real esta planificación, identificar los contratos públicos que se licitarán en el próximo ejercicio o al menos aquellos más relevantes, bien por su importe o por tratarse de servicios dirigidos a las personas, disponer del tiempo necesario para analizar su contenido y características, e incorporar en consecuencia todos aquellos aspectos y clausulados que promuevan una contratación pública responsable.

De este modo, será posible hacer partícipes del proceso a otras áreas de la respectiva administración pública (igualdad, empleo, servicios sociales, medioambiente, promoción económica, etc), o realizar consultas preliminares, para así poder determinar los criterios sociales más apropiados para su incorporación en los pliegos: reservar un contrato, establecer lotes, criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución en sus diversas temáticas.

No es ciencia ficción, sino que muchas administraciones públicas, incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, han estado incluyendo la planificación responsable en su gestión.

Consultas preliminares

Otra de las novedades que aporta la nueva normativa es la posibilidad de realizar consultas preliminares del mercado, desterrando la prohibición -o el tabú- de que un órgano de contratación no pueda sondear al tejido económico o reunirse con las empresas del sector, recabando la información necesaria para una mejor redacción de los pliegos.

Esta medida es por completo plausible, pues resulta obvio que no cabe exigir al personal que redacta los pliegos, que posea conocimientos avanzados y exhaustivos en cualquiera de las materias objeto de contratación pública con sus pormenores técnicos o tecnológicos.

Y desde el punto de vista social, tres cuartos de lo mismo: lograremos una adecuada selección y redacción de los criterios sociales si el órgano de contratación abre consultas preliminares, pues de ese modo cabrá establecer el nivel de responsabilidad social en el sector de actividad, o determinar si las Cooperativas, los Centros Especiales de Empleo, las Empresas de Inserción, o las empresas de Economía Social operan en el sector de actividad a contratar. Así, será posible concluir la oportunidad de reservar el contrato, o un lote o varios lotes del contrato, o establecer



los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución más adecuadas. Y también cabe la opción de solicitar el asesoramiento de ONGs especializadas en el objeto contractual o en su contenido.

Artículo 115. Consultas preliminares del mercado.

1. Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento. Para ello los órganos de contratación podrán valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado. Antes de iniciarse la consulta, el órgano de contratación publicará en el perfil de contratante ubicado en la Plataforma de contratación del Sector Público o servicio de información equivalente a nivel autonómico, el objeto de la misma, cuando se iniciara esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que puedan tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados. Asimismo en el perfil del contratante se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados.

2. El asesoramiento a que se refiere el apartado anterior será utilizado por el órgano de contratación para planificar el procedimiento de licitación y, también, durante la sustanciación del mismo, siempre y cuando ello no tenga el efecto de falsear la competencia o de vulnerar los principios de no discriminación y transparencia. De las consultas realizadas no podrá resultar un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados. El resultado de los estudios y consultas debe, en su caso, concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos, sin que en ningún caso, puedan las consultas realizadas comportar ventajas respecto de la adjudicación del contrato para las empresas participantes en aquellas.

3. Cuando el órgano de contratación haya realizado las consultas a que se refiere el presente artículo, hará constar en un informe las actuaciones realizadas. En el informe se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas. Este informe estará motivado, formará parte del expediente de contratación, y estará sujeto a las mismas obligaciones de publicidad que los pliegos de condiciones, publicándose en todo caso en el perfil del contratante del órgano de contratación. En ningún caso durante el proceso de consultas al que se refiere el presente artículo, el órgano de contratación podrá revelar a los participantes en el mismo las soluciones propuestas por los otros participantes, siendo las mismas solo conocidas íntegramente por aquel. Con carácter general, el órgano de contratación al elaborar los pliegos deberá tener en cuenta los resultados de las consultas realizadas; de no ser así deberá dejar constancia de los motivos en el informe a que se refiere el párrafo anterior.

La participación en la consulta no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación que en su caso se tramite.



Resumimos lo más destacado del precepto legal:

- Cabe realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos para preparar de forma correcta los pliegos de contratación.
- Es imprescindible que las consultas se anuncien en el perfil de contratante o equivalente, es decir se trata de consultas públicas y transparentes, y cualquiera interesado tendrá el derecho de participar.
- La participación en la consulta no impide la posterior participación en la licitación.
- El órgano de contratación debe elaborar y publicar un informe haciendo constar las empresas o entidades consultadas, las cuestiones formuladas y las respuestas a las mismas.
- Gracias a las consultas preliminares se informa además a las empresas, dándoles un margen adecuado para que estudien la licitación y preparen sus propuestas, se trata así de una medida que beneficia a las pequeñas y medianas empresas, y a las empresas locales.

Los Lotes

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se refiere expresamente a la posibilidad de establecer lotes en su artículo 99:

Artículo 99. Objeto del contrato.

2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante, lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.



Artículo 99. Objeto del contrato.

4. Cuando el órgano de contratación proceda a la división en lotes del objeto del contrato, este podrá introducir las siguientes limitaciones, justificándolas debidamente en el expediente:

- a) Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.
- b) También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.

...

Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para Empresas de Inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta. Igualmente se podrán reservar lotes a favor de las entidades a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, en las condiciones establecidas en la citada disposición.

La finalidad de establecer lotes (lotear un contrato) es evidente: evitar que la contratación pública se convierta en un oligopolio de grandes empresas, y facilitar el acceso a la adjudicación de contratos públicos de las pequeñas y medianas empresas, al igual que de los Centros Especiales de Empleo, las Empresas de Inserción, y el resto de las empresas de Economía Social.

Se puede (y se debe) dividir en lotes cualquier contrato susceptible de fraccionamiento en diferentes unidades funcionales, cuantitativas o geográficas, o división en aquellas partes que puedan utilizarse, prestarse o ejecutarse por separado.

Y esta posibilidad de reservar lotes, abre vías muy interesantes para aplicar con una mayor facilidad y en un mayor número de licitaciones la figura de los contratos reservados, para promover el acceso a la contratación de la Economía Social, y para fomentar el acceso de las pequeñas y medianas empresas.

El ejemplo sería el siguiente: una administración debe adjudicar el contrato de limpieza de inmuebles municipales, un total de doce sedes y edificios, pero si se licita un único contrato, es probable que los Centros Especiales de Empleo, las Empresas de Inserción, las empresas de Economía Social, y en general las empresas locales de pequeño o mediano tamaño tendrán pocas o ninguna posibilidad frente a grandes empresas, incluso tal vez carezcan de los medios necesarios, la solvencia financiera o la clasificación empresarial. No obstante, si se divide el contrato en doce lotes, estaremos multiplicando las posibilidades a cualquier empresa de resultar adjudicataria de un contrato, pues ya no habrá una sola empresa adjudicataria, sino tantas adjudicatarias como el número de lotes.

El límite (art. 99.2LCSP) o prohibición es que en ningún caso se puede fraccionar un contrato con la finalidad de disminuir su cuantía y eludir los requisitos de publicidad o procedimiento correspondientes.

Para entendernos: establecer lotes no supone que un contrato de 42.000 euros se



divida por tres y se adjudiquen tres contratos menores sin publicidad ni concurrencia, pues aunque establezcamos lotes se trata del mismo y único contrato, y su precio o valor debe computarse por la suma del precio de todos los lotes. Aunque haya un lote de 14.000 euros no podemos hacer con él un contrato menor diferenciado de la adjudicación principal, pero sí podremos hacer tres lotes, reservar uno a Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo, y otro para empresas y entidades de la Economía Social; limitar que las empresas solo podrán presentarse a un lote o limitar que solo podrán resultar adjudicatarias de un lote.

Debido a la novedad y el interés que implica la posibilidad de establecer lotes, resumimos sus aspectos más importantes:

- **Establecer lotes supone la regla general y no la excepción. De hecho, salvo en el contrato de concesión de obra pública, si no se divide el contrato en lotes, el órgano de contratación debe justificarlo debidamente en el expediente.**
- **Se habilita y se regula expresamente la posibilidad de reservar lotes y calificarlos como contratos reservados para Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción; o bien para empresas y entidades de Economía Social.**
- **Es legal decidir el tamaño y el número de los lotes.**
- **Es legal limitar el número de lotes a los que puede presentarse o concurrir una misma empresa.**
- **Es legal limitar el número de lotes de los que puede resultar adjudicatario una misma empresa.**
- **En ningún caso cabe establecer lotes para para disminuir su cuantía, realizar adjudicaciones separadas y eludir la publicidad o el procedimiento correspondiente.**

Acceso de las Pequeñas y medianas empresas

Veamos primero algunas de las múltiples referencias que realiza la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en relación con las pequeñas y medianas empresas, entre las que se encuentran la gran mayoría de las Cooperativas de trabajo.

Artículo 1. Objeto y finalidad.

3.... Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Artículo 87. Acreditación de la solvencia económica y financiera.

4. La solvencia económica y financiera requerida deberá resultar proporcional al objeto contractual de conformidad con lo establecido en el artículo 74.2, no debiendo en ningún caso suponer un obstáculo a la participación de las pequeñas y medianas empresas.



Debe recordarse que la política de fomento de la contratación pública con pequeñas y medianas empresas impregna las nuevas Directivas de contratación pública, ya desde sus primeros Considerandos, medida destacada en la Estrategia Europa 2020, en la que la contratación pública desempeña un papel esencial y que se traslada al ordenamiento jurídico español mediante el presente texto legal.

Con esta normativa, la Unión Europea ha dado por concluido un proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública, que permitan incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública...

También se da satisfacción aquí a la necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las PYMES.

El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de 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, de promoción de las PYMES...

Como medidas en beneficio de las PYMES, se incluyen en este texto legal las medidas que ya aparecían dentro de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, con lo que pasan a estar comprendidas dentro de su ámbito natural de aplicación; y se da un paso más allá al establecerse la obligación para el órgano de contratación, en los contratos que más frecuentemente acuden a la subcontratación, como son los de obras y de servicios de un determinado importe, de comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más rigorista que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones Públicas...

Además de las anteriores, se encuentran aquí como medidas de apoyo a las PYMES todas las medidas de simplificación del procedimiento y reducción de cargas administrativas, introducidas con el objetivo de dar un decidido impulso a las empresas. Como medidas más específicas, se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas); y se incluye, de forma novedosa, como criterio de solvencia que tendrá que justificar el adjudicatario del contrato, el cumplir con los plazos establecidos por la normativa vigente sobre pago a proveedores, medida que pretende contribuir a que las PYMES con las que subcontrate el adjudicatario cobren sus servicios en plazo.

Cuando la normativa se refiere a fomentar y facilitar el acceso de las Pymes, es obvio que las Cooperativas, el resto de empresas de Economía Social, e incluso las empresas locales, se ven directamente beneficiadas de este tipo de medidas. De hecho, todas ellas padecen del mismo mal común:



- Las pequeñas y medianas empresas suponen más el 99% del total de empresas existentes en España y generan el 69% del empleo, sin embargo, las pymes resultan adjudicatarias de apenas un 35% del importe global de contratación pública.
- A su vez, la Economía Social supone en Andalucía casi el 13% del PIB y en España el 10% sumando el 12,5% del empleo con 2,2 millones de empleos directos e indirectos. Y la desproporción entre su peso en la economía y la ejecución de contratos públicos es desmesurada, pues según el estudio del Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social (GEZKI), la Economía Social resultó adjudicataria del 1,90% del importe total de los contratos públicos en 2010-2012, y del 2,40% en el periodo 2011-2013.

La conclusión es obvia: las pymes y las Cooperativas se encuentran infrarrepresentadas en la adjudicación de contratos públicos, y el porcentaje de contratos públicos adjudicados a pymes, así como a Cooperativas resulta irrisoria en relación con su peso real en el PIB y en la creación de empleo. En consecuencia, debemos utilizar de manera adecuada las medidas contempladas en la normativa y que están poniendo en práctica algunas administraciones públicas.

A continuación se enumeran algunas de estas medidas:

Alivio de la carga administrativa y sustitución de la documentación a presentar en fase de licitación por una declaración responsable.

La práctica ya general supone utilizar el documento europeo único de contratación (DEUC) consistente en una declaración de la situación financiera, las capacidades y la idoneidad de las empresas para un procedimiento de contratación pública. De este modo, las empresas no deben aportar ninguna otra documentación, y una vez adjudicado el contrato se exigirá la documentación completa exclusivamente a la empresa adjudicataria. Se trata de un ahorro de tiempo, molestias, burocracia, papeleo y dinero, tanto para las empresas licitadoras como para las propias administraciones públicas.

Procedimiento e invitación a empresas

La legislación prevé la posibilidad de cursar invitaciones para participar a las empresas en diversos procedimientos, como la subasta electrónica (art. 143.6 LCSP), el procedimiento restringido (art. 163 LCSP), o el procedimiento negociado (169.6 LCSP).

Además, debemos tener en cuenta las especiales características de los contratos menores (art. 118 LCSP), que permite un amplio margen de libertad en la selección de la empresa contratista, y que en la práctica puede suponer una adjudicación directa. En todos estos casos, los órganos de contratación pueden considerar una prioridad la contratación o la invitación a pequeñas y medianas empresas, o a empresas de Economía Social, o incluso pueden plantearse establecer un sistema de cuotas o porcentajes para las mismas.

Otra opción, hasta el momento no desarrollada, pero sí en fase de estudio por algunas entidades públicas, consiste en elaborar un registro de empresas locales con



características sociales, solidarias y/o ecológicas, con el objetivo de promover su contratación en los contratos menores.

División del contrato en lotes, y limitación del número de lotes a los que se puede presentar una misma empresa y del número de lotes que puede resultar adjudicataria una misma empresa.

Cuanto más se divida el tamaño en lotes más oportunidades se abren para resultar adjudicatarias a las pequeñas y medianas empresas, a las empresas locales, y a las Cooperativas de Trabajo.

Y en cuantos más lotes se divida el contrato y cuanto más pequeños sean, menos posibilidades habrá de que concurran las grandes empresas, y muchas más de que lo hagan las pequeñas y medianas, más si cabe cuando se acompañe de la reducción o desaparición de los requisitos de solvencia técnica, profesional y financiera, o la exigencia de clasificación.

Si reservamos alguno o alguno de los lotes para Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción, o para entidades y empresas de la Economía Social, el resultado estará garantizado, pues solamente podrán acceder a la licitación y en consecuencia resultar adjudicatarias dichas empresas o entidades.

Reducción de las exigencias de participación relativas a la solvencia técnica, financiera y profesional.

La legislación de contratos públicos establece como otro de sus objetivos el de facilitar el acceso a la contratación pública de pymes, para lo cual resulta imprescindible reducir las barreras de entrada, entre ellas la solvencia exigida. La LCSP se refiere a esta cuestión en diversos artículos:

Artículo 77. Exigencia y efectos de la clasificación.

b) Para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario...

Artículo 87. Acreditación de la solvencia económica y financiera.

1. La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:

a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros.



Artículo 90. Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios.

1. En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años.

Artículo 75. Integración de la solvencia con medios externos.

1. Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.

Artículo 69. Uniones de empresarios.

1. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

Resumimos y establecemos algunas conclusiones:

- **Conforme al artículo 77 no es exigible la clasificación empresarial para los contratos de servicios. Por lo tanto, opera la solvencia.**
- **El artículo 76 LCSP señala que la solvencia exigida debe ser razonable, justificada y proporcional, y no limitar la participación de las empresas en la licitación.**
- **Respecto a la solvencia económica y financiera, el artículo 87 LCSP señala que el volumen de negocios exigido no podrá superar el 150% del valor estimado del contrato. Por supuesto que puede ser inferior, por lo que dicho límite podrá reducirse para no impedir el acceso a la licitación.**
- **El artículo 90 LCSP se refiere a la solvencia técnica y profesional y no establece ningún mínimo, por lo que debe operar en consecuencia el principio de facilitar el acceso de las pymes y micropymes a la contratación pública.**
- **El artículo 75 LCSP señala expresamente que se puede acreditar la solvencia a través de medios externos. Por lo tanto y aunque no se halle expresamente previsto en el pliego, las empresas licitadoras para acreditar la solvencia necesaria podrán utilizar la solvencia y medios de otras entidades, siempre que**



demuestren que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrán efectivamente de esa solvencia y medios.

- **Por último, conforme al artículo 69, cabe concurrir como unión de empresas temporal, sin que sea preciso formalizar dicha UTE en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.**

Por lo tanto, se debe tender a minimizar por completo la facturación exigida como solvencia financiera y la solvencia técnica y profesional. Además, las entidades que concurren a la licitación pueden acreditar dicha facturación (al igual que la solvencia técnica o profesional) a través de la “cesión de solvencia”, es decir con medios externos, o a través del compromiso de conformar, en caso de resultar adjudicatarias, una unión temporal de empresas con otras entidades o Cooperativas.

Reducción de la carga de las garantías y eliminación de la garantía provisional para tomar parte en las licitaciones.

Las garantías, o avales o fianzas, tanto provisionales (para tomar parte en la licitación), como definitivas (a la empresa adjudicataria), implican un engorroso trámite y una carga financiera, lo que supone un impedimento a la participación de las pequeñas y medianas empresas, así como de las Cooperativas y entidades de Economía Social en la contratación pública. No obstante, son varias las previsiones contenidas en la Ley 9/2017, de contratos del sector público para reducir o eliminar las garantías:

- Como norma general (artículo 106.1), no procederá la exigencia de garantía provisional, salvo cuando de forma excepcional el órgano de contratación, por motivos de interés público, lo considere necesario y lo justifique motivadamente en el expediente. Y en el procedimiento abierto simplificado (art. 159) no procede la garantía provisional.
- Respecto a la garantía definitiva, existen dos interesantes excepciones:

Artículo 107.1: “No obstante, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía definitiva, justificándolo adecuadamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, especialmente en el caso de suministros de bienes consumibles cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del pago del precio, contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social...”.

Disposición adicional cuarta: “3. En los procedimientos de contratación en los que se aplique la reserva que establece esta disposición adicional no procederá la exigencia de la garantía definitiva a que se refiere el artículo 107 de esta Ley, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente”.

El objeto del contrato

El artículo 99.1. de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público señala:

“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.”

Como vemos la normativa señala que podemos incorporar definiciones que abarquen innovaciones sociales o atender a necesidades sociales. Incluso indica en términos imperativos (“se definirán”) que debemos hacerlo cuando sea posible (“en los que se estime que se puede”). Además, la vinculación de los criterios sociales con el objeto del contrato se reitera a lo largo del texto legal, de ahí su importancia:

Artículo 1.3. (Objeto y finalidad). “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato”.

Artículo 126.2. (Prescripciones técnicas). “2. Las prescripciones técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, según la definición establecida en el artículo 148, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este”.

Artículo 127. (Etiquetas). “2.a). Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se refieran únicamente a criterios vinculados al objeto del contrato y sean adecuados para definir las características de las obras, los suministros o los servicios que constituyan dicho objeto”.

Artículo 142.1. (Variantes). “Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes que ofrezcan los licitadores, siempre que las variantes se prevean en los pliegos. Se considerará que se cumple este requisito cuando se expresen los requisitos mínimos, modalidades, y características de estas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato”.

Artículo 145.2. (Criterios de Adjudicación). “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”.



Artículo 147.1 (Criterios de desempate). “Dichos criterios de adjudicación específicos para el desempate deberán estar vinculados al objeto del contrato”
Artículo 202.1 (Condiciones especiales de ejecución de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden). “Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145...”.

¿Es necesario vincular el objeto del contrato y los criterios sociales?

Nos interesa determinar si es un requisito legal, o al menos si conviene que titulemos o vinculemos el objeto del contrato con referencias a la igualdad de mujeres y hombres, a la calidad en el empleo, a la discapacidad, a las Cooperativas y resto de entidades de Economía Social, o a la inserción sociolaboral de colectivos desfavorecidos. O, por el contrario, si en el caso de no hacerlo, pudiéramos incurrir en la ilegalidad de los criterios sociales que posteriormente vayamos a incorporar en los pliegos.

Al analizar la importancia de la vinculación con el objeto del contrato, debemos advertir el importante cambio legislativo, pues el Real Decreto Legislativo 3/2011, en su artículo 150.1., exigía que “los criterios de adjudicación deberán estar directamente vinculados al objeto del contrato”.

Y dicha redacción daba lugar a interpretaciones restrictivas respecto a la inclusión de criterios de adjudicación de carácter social en los pliegos, pues eran habituales argumentos de esta índole: si lo que se contrata es un servicio de limpieza, el objeto del contrato es la limpieza, y por lo tanto no es legal valorar un plan de igualdad, puesto que dicha cuestión no está directamente vinculada al objeto del contrato. De ahí que, en muchos casos se optara por realizar una mención expresa en el objeto del contrato, por ejemplo: “Servicio de limpieza con perspectiva de género”.

Superando esta interpretación restrictiva, la cuestión fue abordada y resuelta por la jurisprudencia comunitaria y se plasmó en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, texto que de forma literal ha sido incorporado en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en su artículo 145.6:

Artículo 145.2. (Criterios de Adjudicación). “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”.

Artículo 145. Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato.

6. 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, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) En el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de

producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) O en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

Por lo tanto, se considera vinculada al objeto del contrato cualquier cuestión que esté relacionada con las prestaciones contractuales o con la plantilla que ejecuta el contrato, en cualquiera de sus aspectos, en cualquier etapa de su ciclo de vida incluso cuando no formen parte de su sustancia material, en el proceso específico de producción, o en lo referente a las formas de producción o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas.

La conclusión es obvia: no es necesario desde el punto de vista jurídico el realizar una mención expresa a una o varias temáticas sociales en el objeto del contrato, o titular el contrato con referencias a la perspectiva de género o la inserción laboral, o la calidad en el empleo, o a las Cooperativas, ya que dichas cuestiones forman parte de la prestación contractual y la propia normativa nacional ha aclarado este tema, regulando que dichos criterios son plenamente admisibles, al hallarse vinculados de forma intrínseca al objeto del contrato.

Propuesta de aplicación práctica

Superada la cuestión de si es necesario señalar una referencia social en el objeto del contrato, cabe preguntarse si resulta conveniente o aporta valor añadido el definir dicho objeto con una referencia a la temática o temáticas sociales que vayamos a incorporar. En este caso, trascendemos del plano jurídico, y se trata de una cuestión opinable. A favor de incluir una referencia específica cabría indicar:

- Aporta transparencia al procedimiento y a los licitadores, de manera que estén advertidos del contenido u obligaciones sociales de la prestación.
- Proporciona una mayor fuerza y valor a las cláusulas sociales que vayamos a incorporar, ya que se declara desde el propio objeto del contrato su importancia, advirtiendo en cierta medida que no son cláusulas retóricas y que se va a verificar su cumplimiento.
- Refleja un mensaje claro de la administración pública contratante hacia el tejido empresarial y a la ciudadanía, manifestando su compromiso con la igualdad y la cohesión social.

Además, recordamos que la normativa de contratos públicos determina que el pliego debe señalar las necesidades a satisfacer a través de la contratación de las prestaciones correspondientes; y que su relación con el objeto del contrato deberá ser directa, clara y proporcional. Por lo tanto, en las necesidades a satisfacer en el expediente también sería recomendable incluir un breve texto que haga referencia a las prioridades, objetivos y mandatos que todas las administraciones públicas ostentan en materia de igualdad de mujeres y hombres, de inserción sociolaboral, de calidad en el empleo, etc.



3. PROHIBICIONES PARA CONTRATAR

Normativa

La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, establece dos concretas prohibiciones para contratar:

- En relación con la obligación de emplear a un 2% de personas con discapacidad en la plantilla (para empresas con más de 50 personas trabajadoras).
- Referida a la obligación de diseñar y aplicar un Plan de Igualdad (para empresas con más de 250 personas trabajadoras).

Ambas se encuentran en el artículo 71.1.d):

Artículo 71. Prohibiciones de contratar.

1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.

...

La acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer párrafo de esta letra se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, podrá establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.



Análisis

Obligación de contratar un 2 por 100 de personas con discapacidad

El artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, concreta y regula la obligación:

Artículo 42. Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

1. Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad.

El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa.

Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.

De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83. 2 y 3, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.

El cálculo de la cuota del 2% se debe realizar conforme a la disposición adicional 1ª del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, que desarrolla la ley 13/1982:

- El período de referencia para dicho cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa.
- Los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla.
- Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de referencia. Cada 200 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más.



- Cuando el cociente que resulte de dividir por 200 el número de días trabajados en el citado período de referencia sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores.
- A los efectos del cómputo de los 200 días trabajados previsto en los párrafos anteriores, se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales.

En el caso de que dicho cálculo ofrezca decimales, por ejemplo 1,87, se plantea la duda respecto a si se está cumpliendo o incumpliendo la obligación con la contratación de una persona trabajadora con discapacidad. Al respecto, la Dirección General de Trabajo (Consulta 1 de julio de 2009), estableció este sencillo criterio: “Empresa con menos de 50 trabajadores: 0 trabajadores; De 50 a 99 trabajadores: Un trabajador con discapacidad; De 100 a 149 trabajadores: Dos trabajadores con discapacidad, y así sucesivamente”.

Obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad

El artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres, concreta la obligación:

Artículo 45. Elaboración y aplicación de los planes de igualdad.

1. Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral.

2. En el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral.

Y el artículo 46 describe el contenido y requisitos de un plan de igualdad:

Artículo 46. Concepto y contenido de los planes de igualdad de las empresas.

1. Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo.

Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.



2. Para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

3. Los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo.

¿Cómo se aprecian y aplican ambas prohibiciones para contratar?

Aquellas empresas que incumplan los preceptos antedichos se hallarán incurso en una prohibición y no podrán ser contratadas por ninguna administración pública. Por lo tanto, si el órgano de contratación constata que alguna de las empresas licitadoras se halla en dichos supuestos deberá excluir a la empresa del procedimiento.

El artículo 72 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, se refiere a la competencia, procedimiento y apreciación para aplicar dichas prohibiciones:

Artículo 72. Apreciación de la prohibición de contratar. Competencia y procedimiento.

1. Las prohibiciones de contratar relativas a las circunstancias contenidas en las letras c), d), f), g) y h) del apartado 1 del artículo anterior, se apreciarán directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan.

Este aspecto es clave, ya que, entre las prohibiciones para contratar, muchas de ellas requieren de una sentencia judicial o una sanción administrativa firme; o es preciso que el Ministerio de Hacienda previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado señale el alcance y la duración de dicha prohibición; o requieren una determinación previa y su posterior inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público. Se trata de casos en los que el margen de maniobra para las entidades del sector público y los poderes adjudicadores es inexistente.

Sin embargo, en el caso concreto de las dos prohibiciones para contratar que estamos abordando (cuota 2% personas con discapacidad; y obligación de diseñar y aplicar un Plan de Igualdad), las circunstancias se aprecian y aplican directamente por el órgano de contratación, lo que proporciona la competencia necesaria para excluir a una empresa.

No obstante, cabe expresar ciertas dudas respecto a la prohibición para contratar por el incumplimiento de la contratación del 2% de personas con discapacidad. La razón no es otra que la propia redacción del artículo 71.1.d): “en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus



empleados sean trabajadores con discapacidad,...en las condiciones que reglamentariamente se determinen”.

Dicha salvedad remite a un desarrollo reglamentario posterior, que en tanto no sea aprobado deja sin efecto aparente la prohibición para contratar, lo que sin duda dificulta su aplicación. Pese a ello consideramos pertinente y necesario incluir en los pliegos la expresa prohibición para contratar por el citado incumplimiento de la cuota del 2% de personas con discapacidad.

Propuesta de aplicación práctica. Cláusulas

La cuestión relevante es cómo incluir ambas prohibiciones para contratar en los pliegos de contratación. Y la respuesta parece -en principio- implícita en el artículo 71.1.d) LCSP:

La acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer párrafo de esta letra se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140.

Pero una declaración responsable no supone la acreditación efectiva del cumplimiento legal, y el propio concepto de acreditación implica “probar su certeza”, o “dar seguridad de que algo es lo que representa o parece”. Por lo tanto, la declaración responsable no acredita, sino solo manifiesta, así que proponemos distinguir dos fases del procedimiento:

- En el momento de PRESENTACIÓN DE LAS OFERTAS O PROPOSICIONES DE LAS EMPRESAS LICITADORAS, lo único que cabe requerir (artículo 72 de LCSP) es una declaración responsable en la que las empresas manifiesten su cumplimiento.
 - Al respecto, conforme al artículo 140.1.a) LCSP, las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación (DEUC).
 - Pero el problema estriba en que no se refiere a ninguna de ambas prohibiciones para contratar entre los motivos establecidos, así que se deberá señalar expresamente que sí son aplicables motivos de exclusión puramente nacionales que se especifican en los pliegos de contratación.

Ejemplo. Documento europeo único de contratación

D: OTROS MOTIVOS DE EXCLUSIÓN QUE PUEDEN ESTAR PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL DEL ESTADO MIEMBRO DEL PODER ADJUDICADOR O DE LA ENTIDAD ADJUDICATARIA

Motivos de exclusión puramente nacionales	Respuesta
¿Son aplicables los motivos de exclusión puramente nacionales que se especifican en el anuncio pertinente o los pliegos de contratación ⁴² ?	<input type="checkbox"/> Sí <input checked="" type="checkbox"/> No
Si la documentación exigida en el anuncio pertinente o los pliegos de la contratación está disponible en formato electrónico, sírvase indicar:	(dirección de la página web, autoridad u organismo expedidor, referencia exacta de la documentación): 43

Parte III. Criterios de exclusión:

- Sección A: Motivos referidos a condenas penales.
- Sección B: Motivos referidos al pago de impuesto o de cotizaciones a la Seguridad Social.
- Sección C: Motivos referidos a la insolvencia, los conflictos de intereses o la falta profesional.
- Sección D: Otros motivos de exclusión que pueden estar previstos en la legislación nacional del Estado miembro del poder adjudicadora o la entidad adjudicadora.

- De forma complementaria, con indiferencia de que se trate o no de un procedimiento abierto, y al margen de que se exija o no el documento europeo único de contratación, resultará imprescindible que en el propio pliego se señalen expresamente ambas prohibiciones, y que el DEUC se complete con la presentación del modelo de declaración responsable en lo referente a los aspectos que no se recogen en el mismo, pues la exigencia de una declaración responsable no está en contradicción con la presentación del DEUC.
- TRAS ADJUDICAR EL CONTRATO Y CON CARÁCTER PREVIO A LA FORMALIZACIÓN DE ESTE, se requerirá de la empresa adjudicataria que acredite de manera fehaciente su efectivo cumplimiento.

Propuesta. PROHIBICIONES PARA CONTRATAR.

1.- Estarán facultadas para contratar, las personas físicas o jurídicas, que no se hallen incurso en ninguna de las prohibiciones para contratar comprendidas en el art. 71 de la Ley de Contratos del Sector Público.

2.- Todas las empresas licitadoras deberán presentar una declaración responsable en la que manifiesten que no se hallan incurso en ninguna de las citadas prohibiciones para contratar, y de manera expresa deberán señalar:

- Que en el caso de que la empresa cuente con una plantilla de 50 o más personas trabajadoras, al menos el 2 por 100 sean personas con discapacidad.
- Que en el caso de la empresa cuente con una plantilla de 250 o más personas trabajadoras, ha elaborado y aplicado un plan de igualdad para la plantilla de la empresa.

3. Una vez adjudicado el contrato, se requerirá de la empresa adjudicataria la acreditación efectiva de lo manifestado, en relación con el cumplimiento de la contratación del 2% de personas con discapacidad, y de la elaboración y aplicación de un plan de igualdad.

Sistema de control y verificación:

1. En fase de presentación de las ofertas. Declaración responsable en la que manifieste la empresa licitadora que no se halla incurso en ninguna de las citadas prohibiciones para contratar y concretamente en la referida a la obligación de diseñar y aplicar un plan de igualdad para las empresas de más de 250 personas; y de contratar al menos a un 2% de personas con discapacidad en las empresas de más de 50 personas.

2. Tras la adjudicación y antes de la formalización del contrato. La empresa adjudicataria deberá aportar la siguiente documentación:

En caso de tener una plantilla superior a 50 personas:

- Identificación nominal de las personas contratadas, y copia de su certificado de grado de discapacidad conforme al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.
- Informe ITA (Informe de Trabajadores en Alta), y certificado de la Seguridad Social, con expresión de la relación total y nominal de personas trabajadoras en la empresa.
- En el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas previstas en el en el RD 364/2005, de 8 de abril, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto.

En caso de tener una plantilla superior a 250 personas:

- Copia del plan de igualdad incluso de diagnóstico de situación, medidas adoptadas, estrategias y prácticas, así como sistema de evaluación y seguimiento.
- En su caso se podrá solicitar certificado o declaración responsable de haber participado en su elaboración y aprobación el comité de empresa, o los trabajadores y trabajadoras.

4. CONTRATOS RESERVADOS

Normativa

Contratos reservados a centros especiales de empleo y empresas de inserción

Los contratos reservados para Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción están regulados en la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, que aporta algunas novedades:

Disposición adicional cuarta.

1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a Empresas de Inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y 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, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las Empresas de Inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

En el referido Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.

El Acuerdo de Consejo de Ministros a que se refiere este apartado deberá adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Si transcurrido este plazo el Acuerdo de Consejo de Ministros no se hubiera adoptado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley.

2. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición.

3. En los procedimientos de contratación en los que se aplique la reserva que establece esta disposición adicional no procederá la exigencia de la garantía



definitiva a que se refiere el artículo 107 de esta Ley, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente.

Contratos reservados a Cooperativas y resto de entidades de Economía Social.

A su vez, los contratos reservados para empresas y entidades de Economía Social, supone una de las grandes novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, y aparecen regulados en la disposición adicional cuadragésima octava:

Disposición adicional cuadragésima octava. Reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones.

1. Sin perjuicio de lo establecido en la Disposición adicional cuarta, los órganos de contratación de los poderes adjudicadores podrán reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV bajo los códigos CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8.

2. Las organizaciones a que se refiere el apartado 1 deberán cumplir todas y cada una de 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 primero.
- b) Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios 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 de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.
- 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.

3. La duración máxima del contrato que se adjudique de acuerdo con lo dispuesto en esta disposición adicional no excederá de tres años.

4. En el anuncio que sirva de medio de convocatoria de la licitación se hará referencia a la presente Disposición adicional.



Análisis

La esencia y categorización jurídica de ambas modalidades de contratos reservados es idéntica, pero presentan particularidades en su aplicación y extensión, por lo que vamos a analizar conjunta y paralelamente ambas opciones de reserva (Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción; y para Cooperativas y resto de entidades de Economía Social), y así evitaremos tanto repetir las semejanzas como evidenciar sus diferencias.

Aspectos comunes en las dos clases de reserva de contratos

• Concepto y categorización

Se trata de una figura legal específica que permite calificar como reservado el procedimiento de adjudicación de un contrato público, lo que implica que exclusivamente podrán participar en la licitación o ser contratadas determinadas categorías de empresas.

El concepto jurídico es el de limitar la participación, lo que implica que una vez calificado como reservado un contrato se excluye a cualquier otra tipología de empresas o entidades.

Los contratos reservados para Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción están regulados y habilitados en la normativa comunitaria desde el año 2004 y en la legislación nacional desde el año 2007. Y los contratos reservados para empresas y entidades de Economía Social se incorporaron en las directivas comunitarias de contratos públicos en el año 2014, regulación que ha sido transpuesta y recogida en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

• Fundamento y finalidad

La legislación comunitaria y nacional de contratos públicos ha asumido y regulado expresamente dos cuestiones que explican el fundamento y finalidad de los contratos reservados:

- Que no todas las empresas son iguales ni proporcionan idéntica calidad en el empleo, en la atención y contratación de las personas y colectivos desfavorecidos, o en aspectos clave de la Estrategia Europea 2020 como la cohesión social o el desarrollo local.
- En consecuencia, la tipología jurídica de las empresas, sus sistemas de propiedad y participación, o sus objetivos sociales y fines fundacionales deben ser tenidas en cuenta en la adjudicación y ejecución de los contratos públicos. Es la razón de ser de los contratos reservados.
- Que en la adjudicación de contratos públicos no todos los sectores de actividad y objetos contractuales pueden ser considerados de igual modo. Así, se establecen sistemas especiales de adjudicación en el caso de contratos de servicios sociales, culturales y de salud (disposición adicional cuadragésima octava).

Y del mismo modo, y como señala la disposición adicional cuadragésimo



séptima, en los contratos de carácter social, sanitario o educativo: “los órganos de contratación velarán en todas sus fases por la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios; las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio”.

Por su valor referencial, merece la pena citar dos de los fundamentos que realiza la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, respecto al valor añadido de la tipología de entidades que estamos analizando, y en relación con la necesidad, importancia y legalidad de ambas modalidades de contratos reservados:

(36). El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.

(118). Para garantizar la continuidad de los servicios públicos, la presente Directiva debe permitir que la participación en procedimientos de licitación de determinados servicios en el ámbito de los servicios sanitarios, sociales y culturales se reserve a organizaciones que son propiedad de su personal o en las que el personal participe activamente en la dirección, y a organizaciones existentes tales como cooperativas que participen en la prestación de dichos servicios a los usuarios finales. El ámbito de la presente disposición debe limitarse exclusivamente a determinados servicios sanitarios y sociales y otros servicios conexos, determinados servicios educativos y de formación, bibliotecas, archivos, museos y otros servicios culturales, servicios deportivos y servicios a hogares particulares, y no pretende que queden sujetas a ella ninguna de las demás exclusiones previstas en la presente Directiva. Dichos servicios deben estar sujetos únicamente al régimen simplificado.

Procedimiento y tramitación

Se tramitan exactamente igual que cualquier otro contrato o licitación. Por lo tanto, la elección del procedimiento, la publicidad, o los trámites, la solvencia o la clasificación exigibles, o incluso la concurrencia entre las entidades beneficiarias, no varía en absoluto. Se puede calificar, y licitar o adjudicar como reservado un procedimiento abierto, restringido o negociado, un contrato menor o un acuerdo marco.

Debemos tener en cuenta exclusivamente tres diferencias:

1.- En el anuncio de licitación debe advertirse que se trata de un contrato reservado y mencionar su regulación específica. Así lo señala el punto segundo de la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, para los contratos reservados a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción. Y lo propio establece el punto cuatro de la disposición adicional cuadragésima octava, para los contratos reservados a Cooperativas y demás entidades de Economía Social

2.- Puesto que se restringe el derecho a participar en la licitación a determinadas entidades, en consecuencia, el apartado relativo a la “capacidad de obrar”, o “capacidad para contratar”, o en la “acreditación de la personalidad jurídica” deberá establecer la exigencia de que se solamente podrán participar las tipologías de entidades para las que se establece la reserva de contratos.

3.- En el caso del contrato reservado a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción (DA 4ª), no procederá la exigencia de la garantía definitiva, salvo que el órgano de contratación, por motivos excepcionales lo considere necesario y lo justifique motivadamente en el expediente.

Los lotes reservados

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se refiere expresamente a esta posibilidad en su artículo 99, aplicable a ambas modalidades (para Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción; y para empresas y entidades de Economía Social). Puesto que ya hemos analizado anteriormente los lotes, nos referimos ahora a la posibilidad de reservar lotes:

Artículo 99. Objeto del contrato.

3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

4. Cuando el órgano de contratación proceda a la división en lotes del objeto del contrato, este podrá introducir las siguientes limitaciones, justificándolas debidamente en el expediente:

a) Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.

b) También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador

.....



Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para Empresas de Inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta. Igualmente se podrán reservar lotes a favor de las entidades a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, en las condiciones establecidas en la citada disposición.

La posibilidad de establecer lotes, y a continuación reservarlos, abre vías muy interesantes para aplicar con una mayor facilidad y en un mayor número de licitaciones la figura de los contratos reservados.

Es factible imaginar sus múltiples aplicaciones: un contrato de jardinería en que se hacen lotes de cada barrio o distrito, y se califican determinados lotes como reservados. O un contrato obra pública, en el que se califican como reservados los lotes de desescombro y de limpieza de obra. O un contrato de recogida de residuos en el que se califica como reservado el lote de papel y cartón. O un contrato de copistería en el que se hace un lote por un porcentaje determinado.

Aspectos diferenciales en las dos clases de reserva de contratos

- Entidades beneficiarias de los contratos reservados

DA. 4ª. CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO Y EMPRESAS DE INSERCIÓN

Exclusivamente dos tipologías de empresas:

- Empresas de Inserción: que deben estar registradas y habilitadas conforme a la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las Empresas de Inserción, o la legislación autonómica correspondiente. Las Empresas de Inserción tienen como objetivo facilitar el empleo y la inclusión social de personas desfavorecidas, a través de un periodo de acompañamiento, formación y contratación laboral en una estructura mercantil no lucrativa. Al menos entre el 30% y el 50% de su plantilla debe formarse con personas en situación o riesgo de exclusión social.
- Centros Especiales de Empleo de iniciativa social: según se hallan regulados en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre; y debidamente calificados y registrados conforme al Real Decreto 2273/1985.

Se trata de empresas que además de producir bienes o prestar servicios, tienen como objetivo la inserción laboral de personas con discapacidad, disponiendo de los servicios de ajuste personal y social requeridos. Al menos un 70% de su plantilla debe estar compuesta por trabajadores y/o trabajadoras con discapacidad igual o superior a un 33%.

Debemos advertir que los Centros Especiales de Empleo, legal y libremente pueden constituirse y operar con una figura jurídica societaria mercantil o adoptar una tipología con o sin ánimo de lucro. No obstante, conforme a la Ley



9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, únicamente aquellos que sean de iniciativa social pueden participar en la licitación de un contrato reservado de la D.A. 4ª (“se fijarán porcentajes mínimos del derecho a participar a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social”).

Y propia Ley 9/2017, en su disposición final decimocuarta, regula el concepto de iniciativa social a través de la adición de un apartado 4 al artículo 43 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

Disposición final decimocuarta.

«4. Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros Centros Especiales de Empleo de iniciativa social.»

¿Y qué ocurre si una empresa mercantil con ánimo de lucro constituye una fundación, y esta fundación crea un Centro Especial de Empleo?

¿Este CEE es o no es de iniciativa social? La respuesta es que no encaja en la definición legal y por lo tanto no sería de iniciativa social y no podría resultar beneficiaria de un contrato reservado ni participar en una licitación reservada. Así lo señala la DA 14ª arriba transcrita:

- Deben estar promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades que carezcan de ánimo de lucro o tengan reconocido su carácter social. Por lo tanto, dicho Centro Especial de Empleo estaría indirectamente promovido en más de un 50% por una entidad que tiene ánimo de lucro.
- La D.F. 14ª añade que tendrán también la consideración de entidades de iniciativa social aquellas cuya titularidad corresponda a sociedades mercantiles pero que el capital mayoritario o su propiedad pertenezca a entidades sin ánimo de lucro o de



interés social. Por lo tanto, conforme al supuesto planteado, la fundación creada por una empresa con ánimo de lucro queda igualmente excluida de un contrato reservado y no puede ser considerada de iniciativa social.

- Y en todo caso, de forma añadida, se exigirá que en sus estatutos o en su acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad, o la mejora continua de su competitividad o su actividad de Economía Social, pudiendo reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros que sean de iniciativa social.

Y respecto a las entidades beneficiarias resulta oportuno abordar si puede reservarse un contrato exclusivamente para Empresas de Inserción, o exclusivamente para Centros Especiales de Empleo.

Y sí, en efecto es posible y legal. Y limitar a una tipología de entidades o a otras tiene sentido en determinados casos:

- Cuando el objeto del contrato resulte más apropiado para ser prestado por el perfil de personas con discapacidad o por el de personas en situación o riesgo de exclusión social.
- Cuando solamente una tipología de entidades, bien Centros Especiales de Empleo, bien Empresas de Inserción, operen en el sector de actividad al que se refiere la prestación contractual.
- Cuando las necesidades o los planes estratégicos de empleo e inserción sociolaboral de una determinada Administración Pública marquen como prioritarios a contratar a determinados colectivos.
- Cuando se desea realizar una acción positiva dentro del marco de la propia reserva hacia las Empresas de Inserción. Se trata de considerar que el número de Centros Especiales de Empleo multiplica por diez en nuestro país a las Empresas de Inserción, y de esta manera se garantiza una cuota para las Empresas de Inserción.
- También sería posible reservar un contrato exclusivamente para Centros Especiales de Empleo de discapacidad intelectual, por ejemplo. Y ello conforme a las razones antedichas: capacidad para prestarlo, acción positiva, colectivos doblemente prioritarios, y la existencia de un Centro Especial de Empleo dedicado al objeto contractual.

DA. 48ª. COOPERATIVAS Y RESTO DE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL

Si bien la disposición adicional cuarta precisa y concreta las dos tipologías de empresas beneficiarias, señalando su normativa regulatoria, no sucede lo mismo con las entidades y empresas beneficiarias de la disposición adicional cuadragésima octava. En este caso la Ley de Contratos del Sector Público se ha limitado a realizar una transcripción literal del artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tan solo establece sus requisitos:



- a) Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado primero.
- b) Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios 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 de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.

Pero es lógico que la directiva comunitaria no explicita cuáles son las tipologías concretas de empresas beneficiarias, puesto que cada estado miembro posee su propia regulación y nomenclatura, siendo imposible que la legislación europea nombre a todas ellas. Por tanto, al realizarse una transposición literal de la misma, la normativa nacional (LCSP) tampoco lo hace.

Sin embargo, es necesario proporcionar seguridad jurídica y transparencia a los contratos reservados para empresas y entidades de Economía Social, por lo que los órganos de contratación sí que deberán señalar en sus pliegos cuáles son las tipologías exactas de empresas beneficiarias de esta reserva. Y al respecto, debemos acudir a lo establecido en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, en plena coherencia con dos referencias comunitarias:

- La Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de febrero de 2009, sobre Economía Social (2008/2250(INI)): “H. Considerando que la Economía Social se ha desarrollado en formas organizativas o jurídicas de empresariado como las cooperativas, las mutualidades, las asociaciones, las empresas y organizaciones sociales y las fundaciones”.
- La Resolución del Parlamento Europeo, sobre emprendimiento social e innovación social en la lucha contra el desempleo, (2014/2236(INI)): “Q.... la Economía Social y solidaria, representada por empresas de diferentes tipos (cooperativas, mutualidades, fundaciones, asociaciones y nuevas formas de empresas de la Economía Social y solidaria) y tamaños, aunque la mayoría son pymes y microempresas...”.



Tomando ambas referencias proponemos el siguiente texto, susceptible de ser incluido en las licitaciones reservadas conforme a la disposición adicional cuadragésima octava:

PROPUESTA:

Podrán participar en la licitación reservada de la disposición adicional cuadragésima octava las empresas o entidades constituidas conforme a las siguientes figuras jurídicas societarias o sociales:

- Las asociaciones y fundaciones constituidas conforme a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación; o conforme a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, siempre que éstas cumplan los principios orientadores que establece la Ley 5/2011 de Economía Social.
- Las cooperativas, mutualidades, sociedades laborales, empresas de inserción, centros especiales de empleo, cofradías de pescadores y las sociedades agrarias de transformación, conforme a lo establecido en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

¿Se puede calificar como reservado cualquier contrato?

DA. 4ª. CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO Y EMPRESAS DE INSERCIÓN

Puede calificarse como reservado un contrato de obras, de concesión de obra pública, de servicios, de gestión de servicios públicos, de suministro, de colaboración del sector público y privado y los administrativos especiales. Y se puede calificar como reservado cualquier objeto contractual. Y se puede reservar un contrato de ochocientos euros y uno de ochenta millones de euros. En suma, **cualquier licitación o contrato se puede calificar como reservado para Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción.**

¿Y por qué la disposición adicional cuarta se refiere a “suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI”?

Vamos a referirnos a esta cuestión, ya que el texto legal genera cierta confusión y más de un equívoco. Recordamos que el párrafo tercero del punto primero de la disposición adicional cuarta señala:



... los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado.

Y en efecto, la Ley 9/2017, de contratos del sector público, establece un “ANEXO VI. Códigos CPV de los servicios y suministros a los que se refiere la disposición adicional cuarta relativa a los contratos reservados”, en los que se listan determinados servicios y suministros específicos, con su correspondiente CPV (CPV -Common Procurement Vocabulary- o Vocabulario Común de Contratos Públicos, es la categorización, aprobada a nivel europeo, para definir los objetos contractuales).

Pero debe quedar muy claro, que el **Anexo VI, los CPV y los objetos contractuales que se señalan, son citados a los exclusivos efectos de calcular el porcentaje mínimo de aplicación de la reserva para los órganos de contratación del Estado.** Por lo tanto, es solo un método de cálculo, y solo aplicable a la Administración del Estado, y en absoluto cabe concluir que no se pueda reservar un contrato de obras, o cualquier otro objeto contractual no citado en el Anexo VI.

No podemos tampoco pasar por alto la arbitrariedad en la selección de los CPV del Anexo VI, que incluye algunos tan pintorescos como “Producción y venta de jabones de mano”, o “Producción y venta de herramientas de cocina de madera” y no otros miles de carácter similar, y no otros muchos que conforman nichos fundamentales de actividad y empleo para las Empresas de Inserción y los Centros Especiales de Empleo.

Esta redacción (tan mejorable) no debe provocar limitaciones en la aplicación de los contratos reservados, pues **insistimos en que cualquier contrato, de cualquier sector de actividad, con cualquier objeto contractual, y con cualquier código CPV puede ser calificado como reservado.**

Para mayor abundamiento, y también para evitar que algunas Administraciones Públicas sigan o reproduzcan tan desafortunada redacción y en consecuencia pudiera parecer limitada la reserva a unos pocos objetos contractuales, resulta muy oportuna la siguiente referencia:

- La disposición final primera, punto 3 y párrafo segundo de la Ley 9/2017 señala que no constituye legislación básica lo establecido en el “párrafo tercero, apartado 1 de la disposición adicional cuarta”.
- Y justamente el párrafo tercero del punto 1 de la disposición adicional cuarta, es el arriba señalado, y referido a “los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI”.



- Es decir que justamente dicho referencia a los CPV del Anexo VI no constituye legislación básica, es decir que no se ha dictado al amparo de las competencias exclusivas que corresponden al Estado para dictar la legislación civil y mercantil en virtud de lo dispuesto en la Constitución, y por lo tanto las entidades locales y las Comunidades Autónomas gozan de plena libertad para no seguir dicho precepto.

DA. 48ª. EMPRESAS Y ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL

En cambio, **no podemos reservar cualquier contrato para Cooperativa y resto de entidades de Economía Social, sino tan solo en aquellos supuestos y bajo los requisitos establecidos en la disposición adicional cuadragésima octava.** Son los siguientes:

- La duración máxima del contrato que se adjudique a través de esta modalidad de reserva no puede exceder de tres años.
- Que la organización de Economía Social **no haya resultado adjudicataria del mismo contrato y a través de esta misma reserva, en los tres años precedentes.** Adviértase que, si una empresa o entidad de Economía Social está prestando un servicio gracias a una adjudicación reservada y finaliza su prestación, podría presentarse de nuevo a la licitación siempre que esa licitación no fuera nuevamente reservada para empresas de Economía Social.
- Y por último existe una limitación por el sector de actividad: **solamente se puede reservar la licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud.**

Y ni siquiera todos los contratos u objetos contractuales de servicios sociales, culturales y de salud, sino exclusivamente aquellos cuyos códigos CPV figuran en el listado del Anexo IV:

75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8.

Reproducimos por su interés el listado completo:

Servicios sociales y de salud y servicios conexos.

75200000-8; 75231200-6; 75231240-8; 79611000-0; 79622000-0 [Servicios de suministro de personal doméstico] 79624000-4 [Servicios de suministro de personal de enfermería] y 79625000-1 [Servicios de suministro de personal médico] de 85000000-9 a 85323000-9; 98133100-5, 98133000-4; 98200000-5; 98500000-8 [Casas particulares con personas empleadas] y 98513000-2 a 98514000-9 [Servicios de mano de obra para particulares, Servicios de personal de agencia para particulares, Servicios de personal administrativo para particulares, Personal temporal para particulares, Servicios de ayuda en tareas domésticas y Servicios domésticos].

Servicios administrativos sociales, educativos, sanitarios y culturales.

85321000-5 y 85322000-2, 75000000-6 [Servicios de administración pública, defensa y servicios de seguridad social], 75121000-0, 75122000-7, 75124000-1; de 79995000-



5 a 79995200-7; de 80000000-4 Servicios educativos y de formación a 80660000-8; de 92000000-1 a 92342200-2; de 92360000-2 a 92700000-8; 79950000-8 [Servicios de organización de exposiciones, ferias y congresos], 79951000-5 [Servicios de organización de seminarios], 79952000-2 [Servicios de eventos], 79952100-3 [Servicios de organización de eventos culturales], 79953000-9 [Servicios de organización de festivales], 79954000-6 [Servicios de organización de fiestas], 79955000-3 [Servicios de organización de desfiles de modas], 79956000-0 [Servicios de organización de ferias y exposiciones].

Servicios de seguridad social de afiliación obligatoria.
75300000-9.

Servicios de prestaciones sociales.

75310000-2, 75311000-9, 75312000-6, 75313000-3, 75313100-4, 75314000-0, 75320000-5, 75330000-8, 75340000-1.

Otros servicios comunitarios, sociales y personales, incluidos los servicios prestados por sindicatos, organizaciones políticas, asociaciones juveniles y otros servicios prestados por asociaciones.
98000000-3; 98120000-0; 98132000-7; 98133110-8 y 98130000-3.

Servicios religiosos. 98131000-0.

Servicios de hostelería y restaurante.

55100000-1 a 55410000-7; 55521000-8 a 55521200-0 [55521000-8 Servicios de suministro de comidas para hogares, 55521100-9 Servicios de entrega de comidas a domicilio, 55521200-0 Servicios de entrega de comidas].

55520000-1 Servicios de suministro de comidas desde el exterior, 55522000-5 Servicios de suministro de comidas para empresas de transporte, 55523000-2 Servicios de suministro de comidas para otras empresas e instituciones, 55524000-9 Servicios de suministro de comidas para escuelas.

55510000-8 Servicios de cantina, 55511000-5 Servicios de cantina y otros servicios de cafetería para clientela restringida, 55512000-2 Servicios de gestión de cantina, 55523100-3 Servicios de comidas para escuelas.

Servicios jurídicos distintos de los referidos en el artículo 19.2.d).
79100000-5 a 79140000-7; 75231100-5.

Otros servicios administrativos y servicios gubernamentales.
75100000-7 a 75120000-3; 75123000-4; 75125000-8 a 75131000-3.

Prestación de servicios para la comunidad.
75200000-8 a 75231000-4.



Servicios relacionados con las prisiones, servicios de seguridad pública y servicios de salvamento distintos de los referidos en el artículo 19.2.f).

75231210-9 a 75231230-5; 75240000-0 a 75252000-7; 794300000-7; 98113100-9.

Servicios de investigación y seguridad.

79700000-1 a 79721000-4 [Servicios de investigación y seguridad, Servicios de seguridad, Servicios de vigilancia de sistemas de alarma, Servicios de vigilancia, Servicios relacionados con el sistema de localización, Servicios de búsqueda de prófugos, Servicios de patrullas, Servicios de expedición de distintivos de identificación, Servicios de investigación y Servicios de agencia de detectives] 79722000-1 [Servicios de grafología], 79723000-8 [Servicios de análisis de residuos].

Servicios internacionales.

98900000-2 [Servicios prestados por organizaciones y entidades extraterritoriales] y 98910000-5 [Servicios específicos de organizaciones y entidades extraterritoriales].

Servicios de correos.

64000000-6 [Servicios de correos y telecomunicaciones], 64100000-7 [Servicios postales y de correo rápido], 64110000-0 [Servicios postales], 64111000-7 [Servicios postales relacionados con periódicos y revistas], 64112000-4 [Servicios postales relacionados con cartas], 64113000-1 [Servicios postales relacionados con paquetes], 64114000-8 [Servicios de ventanilla de correos], 64115000-5 [Alquiler de apartados de correos], 64116000-2 [Servicios de lista de correos], 64122000-7 [Servicios de correo interno].

Servicios diversos.

50116510-9 [Servicios de recauchutado de neumáticos], 71550000-8 [Servicios de herrería]

Una reserva obligatoria y otra voluntaria

DA. 48ª. COOPERATIVAS Y RESTO DE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL

En el caso de la reserva de la disposición adicional cuadragésima octava, **para cooperativas y resto de entidades de Economía Social, no existe ninguna obligación** para las administraciones públicas ni para los órganos adjudicadores de reservar un porcentaje mínimo de sus contratos.

El texto legal señala que “se podrán reservar”, por lo tanto, se trata de una opción potestativa, voluntaria y sujeta al criterio de cada administración. Ello no es óbice para que esta posibilidad se desarrolle, ni tampoco impide que cualquier entidad pública decida obligarse a que un porcentaje de sus contratos públicos sean reservados conforme a la DA 48ª y sean adjudicados y prestados por empresas de Economía Social.



Debido precisamente a su carácter voluntario, apelamos a las diversas asociaciones sectoriales y territoriales de la Economía Social para que realicen una labor de difusión, sensibilización, convicción y formación, de modo que la reserva a las empresas de Economía Social sea conocida y aplicada en el mayor número de licitaciones.

DA. 4ª. CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO Y EMPRESAS DE INSERCIÓN

La disposición adicional cuarta establece de manera clara, imperativa y taxativa que todas las entidades del sector público (lo que incluye fundaciones públicas, empresas públicas, organismos autónomos, mancomunidades, universidades, consorcios, etc.) están obligadas a fijar un porcentaje mínimo de sus contratos públicos, que deberán calificar como reservados, y ser adjudicados a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción.

Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción...

¿Y cuál es el porcentaje adecuado?

La disposición adicional cuarta solo fija un porcentaje mínimo para la Administración del Estado, pero este precepto no se refiere a la administración pública local ni autonómica, por lo que cada entidad pública debe aprobar su propio porcentaje mínimo:

El Acuerdo de Consejo de Ministros a que se refiere este apartado deberá adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Si transcurrido este plazo el Acuerdo de Consejo de Ministros no se hubiera adoptado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado.

Consideramos prudente no recomendar un porcentaje concreto con carácter general, pues cada administración debe realizar un análisis de la demanda (las Empresas de Inserción y los Centros Especiales de Empleo que operan en su territorio, su capacidad productiva, sus sectores de actividad, sus plantillas), y adecuarlo a la posible oferta (la previsión de contratos a licitar, sus importes y sus objetos contractuales).

Así, las horquillas varían desde un 1% a un 3% (Comunidad Autónoma de Baleares),

y hasta un 6% (Comunidad Foral de Navarra) sobre el total de contratos adjudicados el año anterior. No obstante, otras administraciones realizan cálculos más complejos (innecesarios e incluso absurdos en nuestra opinión) sobre ciertos CPV o sectores de actividad.

No debe engañarnos el hecho de que la disposición adicional cuarta, señale para la Administración del Estado como referencia un 7% el primer año y el 10% en el cuarto año, pues recordamos que dichos porcentajes los calcula tan solo sobre los códigos CPV del Anexo VI, y los allí señalados son apenas ciento cincuenta, cuando el número de códigos totales supera los nueve mil (apenas el 1,58% del total de objetos contractuales posibles), por lo que ese porcentaje trasladado al volumen total de la contratación resulta ínfimo y desvirtuado, según nuestros cálculos ni siquiera llega al 0,10% del importe del total de contratos.

La subrogación del personal

Cuando una empresa cesa en una prestación contractual y entra otra empresa que debe subrogar al personal saliente, surgen diversas preguntas que vamos a abordar.

• **¿Qué ocurre si cesa en la prestación una empresa mercantil, se reserva el contrato y entra un CEE o una EI, deben subrogar al personal que no es de inserción ni tiene discapacidad?**

En el primer caso, una empresa ordinaria está prestando un determinado servicio, y al finalizar el contrato público se califica como reservado. Pero nos encontramos con un conflicto de intereses (¿para emplear a personas con discapacidad o en riesgo de exclusión hay que despedir a otras personas trabajadoras?). Y además nos topamos con una problemática legal (¿es improcedente despedir a los actuales trabajadores cuando existe el deber legal de subrogarles?).

Desde el punto de vista jurídico se han dado varios casos en los que la empresa entrante (Centro Especial de Empleo) ha pretendido no subrogar al personal y aplicar el Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala de lo Social, de 21 de octubre de 2010, se pronunció sobre la cuestión. Dicha sentencia se refiere a la licitación de un contrato de limpieza que fue adjudicado a un Centro Especial de Empleo, pero estaba siendo prestado por una empresa ordinaria. El convenio colectivo de Limpieza y Edificios Públicos obliga a la subrogación de todo el personal que preste los servicios en la anterior contrata, pero el Convenio General de Centros y Servicios de Atención a las Personas con discapacidad, permite limitar la subrogación del personal sin discapacidad, hasta el 30%, el máximo de personas sin discapacidad admisible en un Centro Especial de Empleo.

Al respecto, el Tribunal Supremo dictaminó que “Si la empresa que es centro especial de empleo, al que se le aplica el convenio colectivo de centros especiales de trabajadores discapacitados, concurre a una contrata en la que la actividad es otra diferente de la de su convenio, entonces está incluyendo su actividad en un ámbito distinto del que le es propio y deberá estar a las normas de dicho ámbito. De este modo, al ser adjudicatario de una contrata de limpieza, deberá serle de aplicación el convenio de limpieza de edificios y locales que dispone la subrogación de los trabajadores de la empresa adjudicataria anterior.”



La resolución zanja jurídicamente la cuestión: **no resulta en principio apropiado ni oportuno calificar como reservado un contrato que ya venga siendo prestado por una empresa ordinaria y exista el deber de subrogar a dicho personal**, puesto que en todo caso el Centro Especial de Empleo o la Empresa de Inserción estará obligada a subrogar a todo el personal y conforme al convenio colectivo correspondiente. Por lo tanto, en caso de ganar el contrato no cumpliría su finalidad social, e inclusive pudiera poner en riesgo su propia calificación si al subrogar a dicho personal incumpliera los porcentajes mínimos de contratación de personas con discapacidad, o en riesgo de exclusión social.

La única excepción a lo antedicho, pudiera ser el de una Empresa de Inserción o un Centro Especial de Empleo, que tuvieran un porcentaje de personas excluidas o discapacitadas muy superior al mínimo exigido, y le interesara dicho contrato para adoptar economías de escala, ganar cuota de mercado, o pensando a medio plazo en la sustitución de las personas trabajadoras por personas con discapacidad, o en situación o riesgo de exclusión social.

El caso contrario: si estuviera realizando la prestación, con un contrato reservado o no, un Centro Especial de Empleo, una Empresa de Inserción o una empresa de Economía Social, finaliza el mismo y es adjudicado a una empresa mercantil: ¿existe deber de la empresa entrante de subrogar al personal de la empresa saliente y en qué condiciones?

El artículo 129.2 LCSP ataja cualquier duda sobre la cuestión, al establecerlo de forma expresa:

Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

Y respecto a las personas trabajadoras de las empresas y entidades de Economía Social, también existe un precepto y un deber específico:

Artículo 130. Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo.
2. Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.

Y además, se pronunció al respecto el Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala de lo Social, de 10 de octubre de 2012. En este caso, la empresa mercantil entrante se negó a subrogar a una trabajadora con discapacidad del Centro Especial de Empleo saliente, alegando la no aplicabilidad de dicha subrogación por el convenio colectivo adscrito por esta última: “en nada afecta a la consecuente subrogación..., sino también porque, al haberse descartado por nuestra doctrina que la discapacidad

pueda acarrear cualquier elemento de discriminación a los trabajadores afectados, esa cualidad personal deja de tener incidencia alguna en la consecuencia subrogatoria porque lo contrario también entrañaría la vulneración del principio de estabilidad en el empleo que persigue la disposición convencional y supondría, precisamente por ello, un trato discriminatorio, por desigual, en perjuicio de los trabajadores discapacitados, máxime tratándose de la limpieza de los mismos locales.”

De ambas sentencias extraemos algunas conclusiones:

- Para calificar un contrato como reservado debemos analizar su idoneidad, y salvo casos puntuales, no será oportuno hacerlo cuando el contrato venga siendo prestado por una empresa ordinaria y exista el deber de subrogar al personal.
- Siempre será recomendable calificar como reservados aquellos contratos públicos que impliquen nuevos servicios; o que impliquen la contratación de más personal a corto o medio plazo; en aquellos sectores que no existe obligación de subrogar al personal; y por supuesto cuando el contrato venga siendo ya prestado por una Empresa de Inserción o un Centro Especial de Empleo.
- Por último, y puesto que el bien a proteger en este caso es el empleo de las personas con discapacidad o en situación de exclusión que estaban trabajando en la contrata, cuando una prestación venga siendo realizada por Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción, aconsejamos encarecidamente a los órganos de contratación que califiquen el contrato como reservado, o al menos establezcan el deber de subrogar al personal en aquellos casos que no esté así establecido a través del convenio aplicable.

La reserva en ejecución

Algunas Administraciones Públicas han establecido y aplicado la denominada “Reserva en Ejecución”, que en puridad jurídica no se trata de un contrato reservado sino de una condición especial de ejecución del contrato, a través de la cual se obliga a la empresa adjudicataria a subcontratar un porcentaje del presupuesto de licitación con Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción, o empresas y entidades de Economía Social. Aunque conceptualmente no se trate de un contrato reservado, sí que es cierto que el resultado es el mismo, se complementa a la perfección con la figura del contrato reservado, y resulta legítimo que una administración pública compute a los efectos de su cálculo del porcentaje de contratos reservados, aquellos importes que han sido subcontratados con dichas entidades a través de estas cláusulas específicas.

En esta Guía abordamos más adelante con detalle las condiciones especiales de ejecución conforme a la regulación prevista en el artículo 202 LCSP, así que nos remitimos a dicho apartado para su análisis, así como para mostrar modelos de cláusulas, buenas prácticas y sistemas de verificación específicos referidos a la obligación de subcontratar un porcentaje del presupuesto de licitación con Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción, o cooperativas y demás entidades de Economía Social.

La subcontratación en los contratos reservados

El artículo 215 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público establece que el

contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos. Por lo tanto, los pliegos deben señalar la posibilidad y los límites a la subcontratación.

Además (art. 125.3ª) LCSP), si así se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en su oferta el importe y la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, así como el nombre o el perfil empresarial de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

Por último (art. 125.2.b) LCSP), el contratista deberá comunicar por escrito tras la adjudicación del contrato y en todo caso antes de su inicio, al órgano de contratación qué partes va a subcontratar, la identidad, datos de contacto y representante del subcontratista, así como la justificación de la aptitud técnica y humana del subcontratista.

Nos referimos a esta cuestión, ya que se ha dado el caso de un contrato reservado que fue adjudicado a un Centro Especial de Empleo y éste a su vez subcontrató la casi totalidad del presupuesto con una empresa ordinaria, desvirtuando así por completo la finalidad social de los contratos reservados, puesto que en último término dicha prestación no es ejecutada por personas con discapacidad, o en situación o riesgo de exclusión social, ni genera empleo para estos colectivos. Para evitarlo, proponemos la incorporación en los pliegos de dos sencillas referencias a la subcontratación en el caso de los contratos reservados:

PROPUESTA

- No existirá ningún límite a la subcontratación, cuando las empresas subcontratistas también sean Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción.
- Se limitará la subcontratación a un máximo del 20% del precio de adjudicación con empresas que no sean Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción.

Garantizar el cumplimiento

Al respecto debemos aludir a la distinción entre la reserva de mercado y el contrato reservado propiamente dicho. La reserva de mercado consiste en la fijación del porcentaje mínimo obligatorio sobre el total de contratos que todas las administraciones públicas deberán adjudicar en exclusiva a Centros Especiales de Empleo y Empresas de inserción. Mientras que el contrato reservado supone la materialización de dicha reserva, calificando una licitación o adjudicación concreta y determinada como reservada, limitando de este modo la participación en la misma a dichas entidades.

En consecuencia, una administración pública puede fijar su porcentaje en el 1% o en el 25%, pues no solo las palabras sino también los boletines oficiales se los lleva el viento. En verdad, lo realmente importante es su concreción efectiva, es decir, la cifra anual realmente adjudicada a través de contratos reservados, y para ello la disposición



adicional cuarta en su primer apartado establece un mandato de capital importancia: “se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior”.

Por lo tanto, la obligación no consiste solo en fijar un porcentaje mínimo de contratos reservados, sino que deben establecerse garantías para su efectivo cumplimiento, de manera que la reserva de contratos se despliegue de manera estratégica, cuantificada y planificada, facilitando la creación, sostenimiento y crecimiento de un mercado protegido. Para garantizar su cumplimiento proponemos algunas buenas prácticas:

- Asignar cuantías o porcentajes concretos anuales de reserva a cada área, concejalía, consejería u órgano de contratación.
- Computar y publicar de manera periódica y transparente los contratos e importes adjudicados mediante contratos reservados.
- Conformar comisiones de seguimiento en las que participen las entidades representativas de las Empresas de Inserción y los Centros Especiales de Empleo.
- Planificar con antelación suficiente su actividad de contratación, y realizar consultas preliminares del mercado, de manera que puedan analizarse los objetos contractuales que se licitarán en los próximos meses, cotejando si los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción operan en dichos sectores de actividad, y en caso afirmativo que se califique el contrato como reservado.
- Realizar acciones de formación y divulgación sobre los contratos reservados, así como sobre los beneficios de los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción entre el personal técnico y jurídico responsable de la contratación y la redacción de los pliegos.
- Diseñar acciones que aborden de manera integral la capacitación del personal técnico, ofrezcan un asesoramiento específico, e informen de manera inmediata y accesible sobre los servicios y actividades que prestan las Empresas de Inserción y los Centros Especiales de Empleo.

5. ETIQUETAS Y CERTIFICACIONES SOCIALES

Normativa

Las etiquetas sociales y ecológicas han sido expresamente reguladas en el artículo 127 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, que aporta interesantes novedades:

Artículo 127. Etiquetas.

1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por «etiqueta»: cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos.

2. Cuando los órganos de contratación tengan la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, social u otro, podrán exigir, en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, una etiqueta específica como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas, etiquetas de tipo social o medioambiental, como aquellas relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, el comercio justo, la igualdad de género o las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, siempre que se cumplan todas las condiciones siguientes:

a) Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se refieran únicamente a criterios vinculados al objeto del contrato y sean adecuados para definir las características de las obras, los suministros o los servicios que constituyan dicho objeto.

b) Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se basen en criterios verificables objetivamente y que no resulten discriminatorios.

c) Que las etiquetas se adopten con arreglo a un procedimiento abierto y transparente en el que puedan participar todas las partes concernidas, tales como organismos gubernamentales, los consumidores, los interlocutores sociales, los fabricantes, los distribuidores y las organizaciones no gubernamentales.

d) Que las etiquetas sean accesibles a todas las partes interesadas.

e) Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta hayan sido fijados por un tercero sobre el cual el empresario no pueda ejercer una influencia decisiva.

f) Que las referencias a las etiquetas no restrinjan la innovación.

Cuando una etiqueta cumpla las condiciones previstas en el apartado 2, letras b), c), d) y e), pero establezca requisitos no vinculados al objeto del contrato, los órganos de contratación no exigirán la etiqueta como tal, pero, en sustitución de esta, podrán definir las prescripciones técnicas por referencia a las especificaciones detalladas de esa etiqueta o, en su caso, a partes de esta, que estén vinculadas al objeto del contrato y sean adecuadas para definir las características de dicho objeto.

3. Los órganos de contratación que exijan una etiqueta específica deberán aceptar todas las etiquetas que verifiquen que las obras, suministros o servicios cumplen requisitos que sean equivalentes a aquellos que son exigidos para la obtención de aquella.

El órgano de contratación aceptará otros medios adecuados de prueba, incluidos los mencionados en el artículo 128, que demuestren que las obras, suministros o servicios que ha de prestar el futuro contratista cumplen los requisitos de la etiqueta específica exigida.

4. Cuando los órganos de contratación no requieran en los pliegos que las obras, suministros o servicios cumplan todos los requisitos exigidos para la obtención de una etiqueta, indicarán a cuáles de dichos requisitos se está haciendo referencia.

5. La indicación de una etiqueta específica en las prescripciones técnicas en ningún caso exime al órgano de contratación de su obligación de detallar con claridad en los pliegos las características y requisitos que desea imponer y cuyo cumplimiento la etiqueta específica exigida pretende probar.

6. La carga de la prueba de la equivalencia recaerá, en todo caso, en el candidato o licitador.

Análisis

La regulación de la Ley 9/2017, en relación con el etiquetado social y ecológico posee un valor doble, ya que para los órganos de contratación supone un medio de prueba objetivo y verificable, que además garantiza la libre competencia, la igualdad de trato y la no discriminación en el procedimiento de licitación. Y por el lado de las empresas, permite que sean consideradas con plena legalidad cuestiones sociales, tanto de sus productos como de los propios procesos productivos.

Conviene destacar y resumir algunas de las cuestiones más significativas:



www.faecta.coop



- El propio concepto de etiqueta es amplio, siendo válido cualquier documento, certificado o acreditación.
- Pueden referirse tanto a productos y servicios, como a los propios procesos y procedimientos, sean de fabricación o de organización y gestión.
- Pueden utilizarse como prescripciones técnicas, como criterios de valoración o como condiciones especiales de ejecución.
- La concesión de etiquetas o certificaciones deben basarse en criterios objetivos, verificables y no discriminatorios, ser otorgadas por organismos independientes de forma transparente, y ser accesibles a todas aquellas empresas interesadas.
- Los requisitos exigidos para su obtención deben únicamente referirse a criterios vinculados al objeto del contrato y ser adecuados para definir las obras, suministros o servicios a contratar.

1. Debemos recordar que conforme al artículo 145.6 LCSP, se considera vinculada al objeto del contrato cualquier cuestión relacionada con la prestación contractual, en cualquiera de sus aspectos, en cualquier etapa de su ciclo de vida, en relación con el proceso específico de producción, o en lo referente a las formas de producción o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas.

Este requisito nos obliga a que cuando exijamos o valoremos una certificación o etiqueta determinada, redactemos el pliego de modo que se vincule a la prestación contractual, por ejemplo: “se valorará que la empresa disponga de la certificación OHSAS 8001 o equivalente, y que el contrato se ejecute en su integridad conforme a las exigencias, requisitos y características necesarias para la obtención de dicho certificado”.

- Es imprescindible que, aunque en los pliegos se señale una etiqueta concreta, se acepte cualquiera otra que cumpla los mismos requisitos (equivalente), e incluso que se acepte cualquier otro medio de prueba que demuestre el cumplimiento de dichos requisitos.

Sirva este ejemplo para dotar de plena legalidad a la cláusula: “Se establece como condición especial de ejecución que todos los productos del contrato de catering sean de comercio justo conforme a la etiqueta Fairtrade u otra equivalente, admitiéndose asimismo a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho, la acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de la misma”.

Propuesta de aplicación práctica. Cláusulas

La diversidad y el número de etiquetas y certificaciones sociales y medioambientales es inagotable, por lo tanto, propondremos un modelo de cláusula susceptible de ser incorporada en los pliegos, considerando en todo caso que el órgano de contratación deberá seleccionar aquella más adecuada conforme al objeto contractual, los objetivos y necesidades a satisfacer, y las características del contrato. Y recordamos que pueden emplearse como prescripciones técnicas, como criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución del contrato.



Advertimos a los órganos de contratación la importancia de que la exigencia o la valoración de etiquetas y certificaciones no supongan de facto un perjuicio ni una discriminación para las pequeñas y medianas empresas. Por lo tanto, se aconseja que su utilización contemple la tipología y el tamaño de las empresas potencialmente licitadoras, y que en todo caso se permita a cualquier empresa acreditar, por ejemplo una gestión socialmente responsable o una gestión ecológica, mediante otros medios de prueba no estandarizados.

MODELO DE CLÁUSULA. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. ETIQUETAS SOCIALES.

Conforme al artículo 145 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, se valorará hasta con un 15% sobre el total el baremo a las empresas o personas licitadoras que se comprometan a incluir en la prestación del servicio o en el contenido del suministro productos de comercio justo.

Este criterio se evaluará de forma automática mediante la siguiente escala, en relación con el importe o porcentaje de productos de comercio justo, respecto al presupuesto global de licitación, que el licitador se compromete a incluir en la ejecución del contrato. A título de ejemplo:

- Por el compromiso de utilizar al menos un 20% de productos de comercio justo sobre el total del presupuesto de adjudicación: 5 puntos.
- Por el compromiso de utilizar al menos un 40% de productos de comercio justo sobre el total del presupuesto de adjudicación: 10 puntos.
- Por el compromiso de utilizar al menos un 60% de productos de comercio justo sobre el total del presupuesto de adjudicación: 15 puntos.

La empresa adjudicataria deberá acreditar semestralmente mediante facturas o albaranes que dichos suministros o productos poseen la etiqueta acreditada por la organización mundial de comercio justo (WFTO), o la etiqueta Fairtrade (Fairtrade Labelling Organization), u otras de carácter equivalente; pudiéndose también acreditar por cualquier medio de prueba que dichos productos cumplen todos los requisitos exigidos para la obtención de las mismas conforme a la Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo, de 6 de julio de 2006 [2005/2245 (INI)].

MODELO DE CLÁUSULA. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CARÁCTER ÉTICO O SOCIAL. CERTIFICADO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL.

Conforme al artículo 202 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, se exigirá como condición especial de ejecución de carácter ético que la empresa adjudicataria ejecute el contrato en su integridad conforme a parámetros de responsabilidad social.

Se considerarán certificaciones válidas a los efectos señalados las siguientes: SA 8000, OHSAS 8001, ISO 9001, DS 49001, ISO 26000, o cualesquiera otras de carácter equivalente, pudiéndose también acreditar por cualquier medio de prueba o a través de auditoría externa, que la empresa cumple todos los requisitos exigidos para la obtención de dichas certificaciones.

Además, sin ánimo exhaustivo, vamos a referirnos a algunas etiquetas o certificaciones de interés para su aplicación en los pliegos de contratación pública.

COMERCIO JUSTO

<p>Organización mundial de comercio justo (WFTO)</p>  <p>Sello concedido por la Asociación Internacional de Comercio Justo (WFTO) y que se concede a las organizaciones que acreditan disponer de una sistema de garantía de la calidad y de evaluación conforme a las normas, requisitos, estándares y procedimientos del Comercio Justo.</p>	<p>Fairtrade (Fairtrade Labelling Organization)</p>  <p>Es un sello de garantía que funciona como distintivo positivo ofreciendo al consumidor seguridad acerca de los valores éticos del producto. Los productos que llevan el sello Fairtrade han sido producidos en condiciones de trabajo dignas y comprados a un precio justo que apoya el desarrollo sostenible de la organización productora.</p>
---	--

IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Igualdad en la Empresa



El distintivo “Igualdad en la Empresa” es una marca de excelencia que otorga el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Reconoce a las empresas destacadas en el desarrollo de políticas de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres.

Existen sellos equivalentes por algunas Comunidades Autónomas.

DISCAPACIDAD

Bequal



Sello que distingue a compañías socialmente responsables con la discapacidad, y aplican políticas de no discriminación e igualdad de oportunidades en todos los procedimientos de selección, acceso al empleo, promoción profesional y formación, comunicación, prevención de riesgos y la accesibilidad universal.

CERTIFICADOS DE RESPONSABILIDAD SOCIAL

SA 8000	OHSAS 18001
	
<p>Acredita las condiciones laborales y se</p>	<p>Sistema de Gestión de Seguridad y</p>



www.faecta.coop



basa en las Convenciones de la OIT, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Promueve prácticas de trabajo socialmente aceptables en toda la cadena de suministro.

Salud en el Trabajo. El principal objetivo es prevenir y controlar todos los riesgos que puedan suceder en la zona de trabajo y asegurarse de que los procesos de mejora continua los minimice.

SGE 21



La SGE 21 es la primera norma europea que permite implantar, auditar y certificar un sistema de gestión ética y socialmente responsable. Dividida en nueve áreas de gestión, constituye una herramienta clave para la integración de los aspectos ambientales, sociales y de buen gobierno en la gestión de empresas y organizaciones de todo tipo.

TCO CERTIFIED



Certificación internacional de sostenibilidad para productos informáticos. Asegura que la fabricación, uso y reciclaje de productos se lleva a cabo con criterios de responsabilidad ambiental y social.

CERTIFICADOS Y ETIQUETAS ECOLÓGICAS

AGRICULTURA ECOLÓGICA



Sello de producción ecológica emitido por las CCAA conforme a los reglamentos comunitarios sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos.

PRODUCCION ECOLÓGICA



Sello de la Unión Europea de producción de alimentos orgánicos o ecológicos.

ECOLABEL



Etiqueta ecológica europea.

EMAS



Herramienta diseñada por la Comisión Europea para empresas y organizaciones que tienen implantado un sistema de gestión ambiental.

ETIQUETA ENERGETICA



Indica el nivel de consumo de un aparato en una escala de A a G. La clase A (color verde) es la más eficiente desde el punto de vista energético y la clase G (color rojo), la menos eficiente.

PAPEL



Las etiquetas “Cisne blanco” y “Ángel azul”, acreditan que el papel es ecológico, reciclado y totalmente libre de cloro.

MADERA

Certifica el origen de los productos de origen forestal como procedentes de bosques gestionados de manera sostenible.

ENERGY STAR

Certificación energética oficial en la Unión Europea para monitores, ordenadores, sistemas operativos, escáneres, fotocopiadoras y aparatos de fax.





6. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Normativa

Para los órganos de contratación la valoración de las propuestas conforma un momento clave del procedimiento, pues determinará la empresa adjudicataria y prestataria del contrato. No obstante, la fase previa es si cabe más importante, pues al redactar los pliegos de cláusulas administrativas se deberán seleccionar, concretar y redactar los criterios de adjudicación, lo que a la postre permitirá evaluar las propuestas y determinar la mejor oferta.

La nueva ley de contratos públicos aporta muy interesantes novedades sobre este aspecto, por lo que vamos a reproducir los apartados más relevantes del artículo 145:

Artículo 145. Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato.

1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148.

2. 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, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad,



personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

2.º La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

....

6. 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, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

Análisis

La simple lectura del artículo determina sin necesidad de un profundo análisis jurídico la plena legalidad de los criterios sociales de adjudicación, despejando aquellos reparos y discrepancias existentes con el anterior marco regulatorio:

- Se señala un listado amplio y abierto, con temáticas y aspectos concretos susceptibles de ser incluidos entre los criterios de adjudicación y, en consecuencia, valorados. De este modo, los criterios de adjudicación de carácter social ya no incurrir en una redacción que daba lugar a interpretaciones restrictivas sobre su alcance, siendo relevante que cabe aplicarlos de “manera transversal” como señala el artículo primero de la ley a cualquier objeto contractual, y no solo a aquellos contratos, según establecía el Real Decreto 3/2011: “cuyas características vinculadas con la



satisfacción de exigencias sociales respondan a necesidades propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar”).

- No se exige una vinculación directa de los criterios de adjudicación al objeto del contrato, sino con la propia prestación contractual. Así, la norma admite, considera y explica que está relacionada (y es válida) cualquier cuestión integrada en la prestación contractual, en cualquiera de sus aspectos, en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluso cuando no formen parte de su sustancia material, en el proceso específico de producción, o en lo referente a las formas de producción o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas.
- Se ha superado el concepto de “oferta económicamente más ventajosa” y sustituido por la “mejor relación calidad-precio”. Así evitamos antiguas trabas, ya que interpretando restrictivamente la anterior regulación se aducía que los criterios sociales debían tener una traslación económica y suponer una mejor oferta mensurable en términos monetarios. Esta argumentación ha pasado a mejor vida doctrinal.

La fijación de este concepto lo realizó y explicitó la Directiva 2014/24/UE, en su Considerando 89: “Para evitar confusión con los criterios de adjudicación actualmente conocidos como la «oferta económicamente más ventajosa» en las Directivas 2004/7/CE y 2004/18/CE, procede utilizar una terminología distinta para abarcar dicho concepto: la «mejor relación calidad- precio».

Y con total coherencia, la nueva Ley de Contratos del Sector Público, ha eliminado por completo la expresión “oferta económicamente más ventajosa”, señalando como concepto clarificador que “La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio”.

- Por último, nos gustaría aclarar algunos conceptos sobre la aplicación de los criterios de adjudicación:
 - Los criterios de adjudicación deben basarse en la mejor relación calidad-precio (145.1).
 - La mejor relación calidad-precio se evalúa con arreglo a criterios económicos y cualitativos (145.2).
 - Los criterios económicos no se limitan al precio sino también a la relación coste-eficacia (rentabilidad), y al cálculo del coste del ciclo de vida (145.1).
 - Entre los criterios cualitativos se señalan la calidad o el valor técnico, las características estéticas y funcionales, el servicio postventa, la organización y experiencia del personal, y por supuesto las características sociales, medioambientales e innovadoras (145.2).
 - Los diferentes criterios de adjudicación pueden ser objetivos (o cuantitativos, o automáticos, es decir, que se valoran mediante cifras, o porcentajes obtenidos mediante fórmulas), y subjetivos (o cualitativos, aquellos sujetos a juicios de valor).



- Cuando solo se utilice un criterio de adjudicación deberá estar relacionado con los costes (146.1).
- Cuando se utilice una pluralidad de criterios de adjudicación siempre que sea posible se dará preponderancia a aquellos que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos (146.2).
- Y cuando se utilicen criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes (145.2).
- En los procedimientos abierto y restringido, cuando los criterios subjetivos tengan mayor ponderación que los objetivos, corresponderá su evaluación a un comité formado por un mínimo de tres personas expertas, o a un organismo técnico especializado. En los restantes supuestos, procederá su evaluación por la mesa de contratación, o por los servicios dependientes del órgano de contratación, pudiendo si lo consideran preciso solicitar informes técnicos (146.2).

Antes de continuar, vamos a aclarar algunos equívocos, casi atávicos, respecto a los criterios de adjudicación:

La ley de contratos señala que siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a los criterios objetivos frente a los subjetivos. Pero en absoluto señala exclusividad, ni predominio, ni mayoría.

Por lo tanto, son tan válidos y legales los criterios subjetivos como los objetivos.

La ley de contratos tampoco establece que los criterios objetivos deban tener una mayor ponderación, ni una ponderación mínima determinada. De este modo, es plenamente legal que los criterios subjetivos tengan mayor ponderación que los objetivos, debiendo eso sí, ser evaluados los subjetivos por un comité de expertos/as, por un organismo técnico, o por la mesa de contratación, con o sin informes técnicos.

Y la ley de contratos, tampoco señala en ningún caso y en ningún precepto que el precio deba tener una ponderación mínima determinada, aunque sí es cierto que su inclusión es preceptiva, pues los criterios cualitativos deben ir acompañados de un criterio relacionado con los costes.

Hechas las aclaraciones, sí que debemos ser conscientes de la querencia y preferencia de los órganos de contratación hacia los criterios objetivos en detrimento de los criterios sujetos a juicios de valor, ya que su elección evita recursos al garantizar la objetividad y la igualdad de trato; y además facilita su trabajo al resultar innecesario disponer de un conocimiento especializado en la materia social de que se trate, pues lógicamente su evaluación es automática.

Lo explicamos con un ejemplo: supongamos que valoramos con una horquilla entre de 1 y 3 puntos a las empresas apliquen un Plan de Igualdad. El criterio es cualitativo y sujeto a juicio de valor, lo que obliga a analizar cada Plan de Igualdad, evaluarlo y



justificar por qué a una empresa se le ha dado un punto y a otra tres. Es muy probable que su inclusión conllevará dificultades.

La solución es convertir dicho criterio en objetivo, señalando que se otorgarán 3 puntos a todas las empresas que se comprometan a diseñar y aplicar un Plan de Igualdad a la plantilla que ejecutará el contrato. Y podemos añadir ciertas garantías, como que el Plan sea certificado por una persona con formación especializada en igualdad, o que se acredite la participación de la plantilla en su elaboración y aprobación.

De este modo evitamos resistencias y logramos la finalidad de extender la aplicación de las cláusulas sociales. Esta es la razón, advertimos, que la casi totalidad de los criterios de adjudicación de carácter social que vamos a proponer y podrán ser incorporados a los pliegos, salvo contadas excepciones, serán de carácter objetivo o automático, de manera que se facilite no solo su evaluación, sino también su posterior verificación.

Propuesta de aplicación práctica. Cláusulas

En el presente apartado se proponen una diversidad de criterios de adjudicación de carácter social, y entre ellos los más idóneos a los fines y características de las Cooperativas y demás entidades de la Economía Social.

Todos los criterios se han redactado de forma detallada y son susceptibles de ser incorporados con plenas garantías a los pliegos de contratación. No obstante, para su aplicación conviene atender algunas recomendaciones metodológicas:

- Debe tenerse siempre en cuenta que la selección de los criterios, la ponderación asignada y las escalas concretas, deberán señalarse caso por caso tras un análisis previo del contrato: valor estimado, características, plazo de ejecución, oferta del mercado, nivel de responsabilidad social del sector a contratar, así como el número y cualificación necesaria del personal que ejecutará el contrato.
- Aunque proponemos modelos de cláusulas con una redacción específica, es obvio que el órgano de contratación debe siempre disponer de un margen de adaptación a las particularidades de cada licitación. Del mismo modo podrán existir otras tipologías o temáticas de cláusulas más apropiadas.
- Por lo tanto, corresponderá, en primer lugar, elegir el bloque o bloques temáticos más adecuados (inserción laboral, género, Economía Social).
- A todos los bloques resulta aplicable el último de los criterios: el precio.
- En segundo lugar, se deberán seleccionar los criterios y subcriterios más adecuados al objeto contractual y las características del contrato antedichas.



- En tercer lugar, asignar una puntuación o ponderación específica a cada criterio o subcriterio. Habrá contratos que resulte conveniente asignar 1 punto y otros 15 puntos.
- En cuarto lugar, se deben adaptar las escalas a dichas características. Por ejemplo, habrá contratos que resulte conveniente otorgar 10 puntos por la contratación de 3 personas con discapacidad, y otros contratos será adecuado contratar a 7 personas con discapacidad para obtener los 10 puntos.
- Y reiteramos que la casi totalidad de los subcriterios son de carácter objetivo o aritmético, de manera que no requieren juicios de valor ni comparativas entre las propuestas, sino que son escalas o criterios de “sí o no”, con una asignación de puntos automática, para facilitar el trabajo a los órganos, técnicos/as y mesas de contratación.

A. INSERCIÓN SOCIOLABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE PERSONAS EN SITUACIÓN O RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL

Por la contratación de personas con discapacidad y de personas en situación o riesgo de exclusión social (15 PUNTOS):

1. Se valorará hasta con 15 puntos a las empresas o entidades licitadoras que se comprometan a emplear en la plantilla que ejecutará el contrato a personas con dificultades de acceso al mercado laboral y a mantener su contratación durante toda la prestación contractual, siempre que su número sea superior al establecido como condición especial de ejecución.
2. Si existiera el deber de subrogar al personal o la empresa no precisase contratar nuevo personal en el momento de iniciarse la ejecución del contrato, deberá comprometerse a contratar este perfil de personas en todas las nuevas contrataciones, bajas y sustituciones que se produzcan hasta alcanzar dicho número.
3. El perfil de las personas a contratar será alguno de los siguientes:
 - Las personas con certificado de discapacidad igual o superior al 33%.
 - Las personas con perfiles señalados en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación de Empresas de Inserción.
 - Las personas con dificultades de acceso al mercado laboral, conforme al Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre.
4. La asignación de la puntuación se realizará del siguiente modo:
 - 5 puntos por el compromiso de contratar a 1 persona con dichos perfiles.
 - 10 puntos por el compromiso de contratar a 2 personas con dichos perfiles.
 - 15 puntos por el compromiso de contratar a 3 personas con dichos perfiles.



Sistema de control y verificación:

1. En fase de presentación de las ofertas. En la propuesta técnica la empresa licitadora deberá indicar el compromiso numérico concreto de personas a contratar con los perfiles señalados y con indicación de:

- Jornada de trabajo de cada contrato: completa o parcial (especificar).
- Duración de cada contrato: toda la ejecución del contrato o por tiempo determinado (especificar).

2. Tras la formalización del contrato. La empresa adjudicataria deberá aportar la indicación nominal de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social, especificando la fecha de inicio y finalización de sus contratos, así como su jornada laboral.

3. En fase de ejecución del contrato. Con carácter periódico (semestral), o en el momento que el órgano de contratación o la persona responsable del contrato lo estime oportuno, la empresa adjudicataria aportará la siguiente documentación:

- Certificado de discapacidad, o certificado de servicios públicos sociales o una entidad cuya finalidad sea la inserción sociolaboral, acreditativo de los perfiles requeridos (previo consentimiento y cumplimiento de la Ley de Protección de datos de carácter personal).-
- Informe ITA (Informe de Trabajadores en Alta), y certificado de la Seguridad Social, con expresión de la relación total y nominal de personas trabajadoras en la empresa.

Por la subcontratación de Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social y Empresas de Inserción Sociolaboral (10 PUNTOS):

1. Se valorará hasta con 10 puntos a las empresas o entidades licitadoras que se comprometan a subcontratar un porcentaje del precio de adjudicación del contrato con Empresas de Inserción y/o Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social, siempre que dicho porcentaje sea superior al establecido como condición especial de ejecución.

2. Las empresas a subcontratar, serán exclusivamente:

- Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, conforme a la descripción y requisitos señalados en la disposición adicional decimocuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, Los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social deberán estar debidamente inscritos y registrados conforme a la regulación establecida en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.
- Empresas de Inserción deberán estar debidamente inscritas y registradas conforme a la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación de Empresas de Inserción, o conforme a la legislación autonómica correspondiente.



- La asignación de la puntuación se realizará del siguiente modo: Se establece una escala, mediante la cual se asignará 1 punto por cada 2% de compromiso de subcontratación del precio de adjudicación del contrato con Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social.
- Se asignará el máximo de 10 puntos por el compromiso de subcontratar al menos un 20% del precio de adjudicación del contrato con Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social.
- Se asignará una puntuación proporcional para aquellas propuestas intermedias.

Sistema de control y verificación:

1. En fase de presentación de las ofertas. En la propuesta técnica la empresa licitadora deberá indicar el compromiso numérico porcentual respecto al precio de adjudicación, de subcontratación con Empresas de Inserción y/o Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social.

2. Tras la formalización del contrato. La empresa adjudicataria deberá aportar la siguiente documentación: Señalamiento nominal del o de los Centros Especiales de Empleo y/o Empresas de Inserción a subcontratar, con indicación de conceptos, fechas previstas e importes.

3. En fase de ejecución del contrato. Con carácter periódico (semestral), o en el momento que el órgano de contratación o la persona responsable del contrato lo estime oportuno, la empresa adjudicataria deberá aportar la siguiente documentación:

- Copia del contrato civil o mercantil, o factura, con indicación del Centro Especial de Empleo o Empresa de Inserción subcontratada, e incluso del concepto detallado, importe económico y fechas de ejecución.
- Inscripción en el registro correspondiente o calificación pertinente de las Empresas de Inserción y/o Centros Especiales de Empleo subcontratados.

B- IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Por la contratación de mujeres para la ejecución del contrato (5 PUNTOS):

1. Por la contratación de mujeres para la ejecución del contrato: Se valorará con 3 puntos el compromiso de emplear en la plantilla que ejecutará el contrato y durante toda la prestación contractual, una proporción de mujeres al menos 15 puntos superior al porcentaje medio recogido por sexo y rama de actividad en la última Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística para el sector de (...), tomando como referencia la fecha de publicación del anuncio de licitación.

2. Por la contratación de mujeres en puestos de responsabilidad, gerencia o cualificados: Se valorará con 2 puntos el compromiso de emplear en la plantilla que

ejecute el contrato, y durante toda la prestación contractual, al menos a un 50% de mujeres en puestos de responsabilidad, gerencia o cualificados.

Sistema de control y verificación:

1. En fase de presentación de las ofertas.

En la propuesta técnica la empresa licitadora deberá indicar:

- Número total de personas que ejecutarán el contrato y número total de mujeres que ejecutarán el contrato (y porcentaje de mujeres sobre el total), señalando la jornada laboral de cada contrato (completa o parcial, concretando en este último caso), y la duración de cada contrato (durante toda la ejecución o por tiempo determinado, concretando en este último caso).
- Número total de personas que ejecutarán el contrato en puestos de Responsabilidad, gerencia o cualificados, y número total de mujeres que ejecutarán el contrato en dichos puestos (y porcentaje sobre el total de la plantilla, señalando la jornada laboral de cada contrato (completa o parcial, concretando en este último caso), y la duración de cada contrato (durante toda la ejecución del contrato o por tiempo determinado, concretando en este último caso).

2. Tras la formalización del contrato. La empresa adjudicataria deberá aportar la siguiente documentación:

Indicación nominal de las mujeres a contratar para la ejecución del contrato, especificando la fecha de inicio y finalización de sus contratos, su jornada laboral y su categoría profesional.

3. En fase de ejecución del contrato. Con carácter periódico (semestral), o en el momento que el órgano de contratación o la persona responsable del contrato lo estime oportuno, la empresa adjudicataria aportará la siguiente documentación:

- Informe ITA (Informe de Trabajadores en Alta), y certificado de la Seguridad Social, con expresión de la relación total y nominal de personas trabajadoras en la empresa, y con indicación de sexo y categoría profesional.

Por la adopción de medidas de mejora para la igualdad entre mujeres y hombres en la ejecución del contrato (5 PUNTOS):

Se valorará hasta con 5 puntos el compromiso de la empresa de adoptar alguna o algunas de las siguientes acciones de mejora en materia de igualdad de mujeres y hombres en la empresa. Por el compromiso de aplicar o desarrollar cada una de los siguientes subcriterios se otorgará 1 punto con un máximo de 5:

1. Por el compromiso de realizar y aportar un diagnóstico o un análisis sobre la situación de igualdad de mujeres y hombres en la empresa, en la plantilla que ejecutará el contrato, o dirigidas a las personas beneficiarias del contrato.

2. Por el compromiso de impartir al menos diez horas anuales de formación en materia de igualdad a la plantilla que ejecuta el contrato.
3. Por el compromiso de designar a una persona de la plantilla o por la contratación de un/a técnico/ a en igualdad, como responsable en materia de igualdad.
4. Por el compromiso de aprobar y difundir un protocolo o medidas específicas para prevenir y hacer frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el trabajo, o para prevenir el acoso sexual contra las personas beneficiarias o usuarias de la prestación contractual.
5. Por el compromiso de aprobar y difundir un protocolo específico para el empleo de lenguaje de género en la empresa.
6. Por el compromiso de diseñar y aplicar medidas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar para la plantilla que ejecute el contrato, o para las personas beneficiarias del contrato, siempre que mejoren las ya existentes.
7. Por el compromiso de disponer y aplicar a la plantilla que ejecute el contrato un convenio de empresa que prevea medidas específicas para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.
8. Por disponer y aplicar a la ejecución del contrato el distintivo “Empresa en Igualdad” del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, o cualquier otra certificación o acreditación análoga en materia de igualdad entre mujeres y hombres y se comprometan a aplicar a la plantilla que ejecutará el contrato las medidas y actuaciones exigidas para obtener dicha certificación.

La experiencia nos demuestra que los criterios de igualdad entre mujeres y hombres presentan algún desajuste en su plasmación en los pliegos, además de dificultades para su comprobación efectiva:

- Por una parte, las empresas de más de 250 personas en plantilla tienen la obligación de tener un plan de igualdad, con lo que no tiene sentido puntuar a dichas empresas por una cuestión que no solo es obligatoria, sino que además supone ya una prohibición para contratar.
- Por el contrario, valorar un plan de igualdad para una empresa de tres o cinco personas resulta desproporcionado en sí mismo, y provoca efectos indeseados, pues supone incluso una discriminación para las pymes y micropymes, con menos medios y presupuesto para adoptar determinado tipo de políticas.
- Por último, en ocasiones se recurre a cláusulas muy genéricas, cuya concreción las convierte en completamente irrelevantes y cuya verificación es casi imposible.

Por ello, la propuesta planteada para solventar dichos problemas consiste en:

1. Proponer cláusulas concretas, definidas y con estándares mínimos.



2. Proponer cláusulas objetivas y de fácil verificación.
3. Incorporar el concepto de “acciones de mejora”, ya que es precisamente nuestro objetivo: que las empresas se replanteen sus políticas de igualdad y avancen, pero además de modo gradual y progresivo.
4. No discriminar a las empresas por su tamaño y redactar (y seleccionar) las cláusulas más apropiadas las posibles empresas licitadoras (cuestión que podremos deducir del valor estimado del contrato, el sector de actividad, o la previsión de personal necesario para su ejecución).

Sistema de control y verificación:

1. En la propuesta técnica la empresa licitadora señalará:

I. Si se compromete a realizar y aportar un diagnóstico o un análisis sobre la situación de igualdad de mujeres y hombres en la empresa, en su plantilla o entre las personas beneficiarias del contrato.

II. Si se compromete a impartir al menos diez horas anuales de formación en materia de igualdad a la plantilla que ejecuta el contrato.

III. Si se compromete a designar una persona de la plantilla o a contratar un/a técnico/a en igualdad, como responsable en materia de igualdad.

IV. Si se compromete a aprobar y difundir un protocolo o medidas específicas para prevenir y hacer frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el trabajo.

V. Si se compromete a aprobar y difundir un protocolo específico para el empleo de lenguaje de género en la empresa.

VI. Si se compromete a diseñar, establecer y aplicar medidas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar para la plantilla que ejecute el contrato, o para las personas beneficiarias del contrato, siempre que mejoren las ya existentes.

VII. Si se compromete a disponer y aplicar de manera efectiva a la plantilla que ejecute el contrato un convenio colectivo o de empresa que prevea medidas específicas para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

VIII. Si se compromete a disponer durante la ejecución del contrato una certificación o acreditación en materia de igualdad entre mujeres y hombres y se compromete a aplicar a la plantilla que ejecutará el contrato las medidas y actuaciones exigidas para obtener dicha certificación.

2. En fase de ejecución del contrato. Conforme a la numeración correlativa anterior para cada uno de los criterios en el plazo indicado, o cuando el órgano de contratación o la persona responsable del contrato lo estime oportuno, la empresa adjudicataria aportará la siguiente documentación:

I. En el plazo de tres meses desde la formalización del contrato: copia del diagnóstico o análisis, certificado por una persona con formación especializada en igualdad; o bien una declaración responsable de haber participado en su elaboración y aprobación la plantilla de la empresa o la representación legal de los trabajadores y trabajadoras.

II. En el plazo de tres meses desde la formalización del contrato: certificado expedido por la empresa o persona formadora, indicativo de contenidos, duración y asistentes.

III. En el plazo de un mes desde la formalización del contrato: certificado emitido por la empresa indicativo de la designación nominal de un trabajador o trabajadora; o bien copia del contrato mercantil comprensivo de la contratación de una persona técnica en igualdad, con indicación de tareas asignadas y duración del contrato.

IV. En el plazo de tres meses desde la formalización del contrato: copia del protocolo o medidas adoptadas para prevenir el acoso sexual, certificado por una persona con formación especializada en igualdad; o bien una declaración responsable de haber participado en su elaboración y aprobación los trabajadores y trabajadoras. Se deberá acompañar de una breve memoria de las acciones de comunicación y formación interna o externa realizadas.

V. En el plazo de tres meses desde la formalización del contrato: copia del protocolo específico para el empleo de lenguaje de género en la empresa, certificado por una persona con formación especializada en igualdad; o bien una declaración responsable de haber participado en su elaboración y aprobación los trabajadores y trabajadoras. Se deberá acompañar de una breve memoria de las acciones de comunicación y formación interna o externa realizadas.

VI. En el plazo de tres meses desde la formalización del contrato: memoria de las medidas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar aplicadas, que deberá ser certificado por una persona con formación especializada en igualdad; o bien una declaración responsable de haber participado en su elaboración y aprobación los trabajadores y trabajadoras. Se deberá acompañar de una breve memoria de las acciones de comunicación y formación interna o externa realizadas.

VII. En el plazo de un mes desde la formalización del contrato: copia del convenio colectivo o de empresa con medidas específicas para la igualdad entre mujeres y hombres y breve memoria descriptiva de las medidas aplicadas, su impacto y las personas beneficiarias.

VIII. En el plazo de un mes desde la formalización del contrato: copia de la certificación o acreditación oficial en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

C- CALIDAD EN EL EMPLEO Y CARACTERÍSTICAS DE LA ECONOMÍA SOCIAL

Por la organización y cualificación de la empresa que redunde en una mejor prestación contractual (5 PUNTOS):

Se valorará hasta con 5 puntos el compromiso de la empresa de adoptar alguna o algunas de las siguientes políticas de organización y cualificación que impliquen una mejor y más eficiente prestación del contrato. Por el compromiso de aplicar o desarrollar cada una de los siguientes subcriterios se otorgará 1 punto con un máximo de 5:

1. Por el compromiso de emplear una plantilla estable en la ejecución del contrato.

Se valorará con la puntuación asignada el compromiso de la empresa de integrar en la plantilla que ejecutará el contrato al menos a un 80% de trabajadores y trabajadoras con contrato indefinido. Se equipará a contrato indefinido a los socios y socias de cooperativas, sociedades laborales y empresas de trabajo asociado.

2. Por el compromiso de aplicar mejoras salariales y laborales a la plantilla que ejecutará el contrato. Se valorará con la puntuación asignada a las empresas que en su propuesta técnica detallen y cuantifiquen las mejoras específicas sobre condiciones laborales y salariales que superen lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores/as, o en su caso en el convenio colectivo sectorial y territorial, o en su caso de empresa, y se comprometa a aplicarlas al personal que ejecutará el contrato.

3. Por el compromiso de formación de la plantilla que ejecutará el contrato. Se valorará con la puntuación asignada el compromiso de la empresa de diseñar e impartir formación de al menos 15 horas anuales, relacionada con la prestación contractual a la plantilla que ejecutará el contrato.

4. Por el compromiso de organizar de forma democrática o participativa a la plantilla que ejecute el contrato, o a las personas usuarias o beneficiarias de la prestación. Se valorará con la puntuación asignada a las empresas que en su propuesta técnica acrediten que su organización se basa en principios democráticos y participativos para su plantilla o para sus personas beneficiarias, y detallen los sistemas previstos de participación en el marco de la prestación contractual.

5. Por el compromiso de reinvertir los beneficios conforme a la finalidad social de la organización, o que en caso de caso de distribución esta se realice con criterios de participación. Se valorará con la puntuación asignada a las empresas que en su propuesta técnica acrediten que reinvertirán los beneficios conforme a sus fines sociales, o que en caso de redistribución se realizará con criterios de participación, basándose en principios democráticos y participativos para su plantilla o para sus personas beneficiarias, y detallen los sistemas previstos de participación en el marco de la prestación contractual.

Sistema de control y verificación:

1. En fase de presentación de las ofertas.

En la propuesta técnica la empresa licitadora deberá indicar:

I. El compromiso de emplear en la plantilla que ejecutará el contrato al menos a un 80% de trabajadores y trabajadoras con contrato indefinido. Se equipará a contrato indefinido a los socios y socias de cooperativas, sociedades laborales y empresas de trabajo asociado.

II. El compromiso de aplicar, a la plantilla que ejecutará el contrato, mejoras específicas sobre condiciones laborales y salariales que superen lo dispuesto en el



Estatuto de los Trabajadores/ as, o en su caso en el convenio colectivo sectorial y territorial, o en su caso de empresa.

III. El compromiso de diseñar e impartir a la plantilla que ejecutará el contrato, formación de al menos 15 horas anuales, relacionada con la prestación contractual.

IV. El compromiso de organizar de forma democrática o participativa a la plantilla que ejecute el contrato, o a las personas usuarias o beneficiarias de la prestación.

V. El compromiso de reinvertir los beneficios conforme a la finalidad social de la organización, o que en caso de caso de distribución esta se realice con criterios de participación.

2. En fase de ejecución del contrato. Conforme a la numeración correlativa anterior para cada uno de los criterios, en el plazo indicado, o cuando el órgano de contratación o la persona responsable del contrato lo estime oportuno, la empresa adjudicataria aportará la siguiente documentación:

I. Sobre la estabilidad de la plantilla:

- Declaración jurada de la relación nominal y el número de personas adscritas a la ejecución del contrato, con indicación de la jornada, y la tipología del contrato (indefinido, duración determinada, o socios/as de empresas de Economía Social).
- Informe ITA (Informe de Trabajadores en Alta, emitido por la Seguridad Social) e informe certificado emitido por la Seguridad Social indicativo de las personas trabajadoras, la antigüedad en la empresa y las bases de cotización.
- En su caso, TC1 y TC2 de la empresa. Y/o copia de los contratos de trabajo en modelo estandarizado del Servicio Público Estatal de Empleo.

II. Sobre las mejoras salariales y laborales:

- Declaración jurada de las condiciones laborales concretas, con expresión detallada de las mejoras específicas, sean cuantitativas como cuantitativas, y comparativa con el convenio colectivo o el régimen aplicable.
- Informe ITA (Informe de Trabajadores en Alta, emitido por la Seguridad Social) e informe certificado emitido por la Seguridad Social indicativo de las personas trabajadoras y las bases de cotización.
- En su caso certificación del comité de empresa, o de los trabajadores y las trabajadoras, o de su representación acreditando las medidas aplicadas.

III. Sobre la formación a la plantilla: Anualmente durante toda la duración del contrato y sus prórrogas:
certificado expedido por la empresa o persona formadora, indicativo de contenidos, duración y asistentes.

IV. Sobre la organización democrática o participativa de la plantilla en la organización, o la participación de las personas usuarias o beneficiarias de la prestación:

- En el plazo de un mes desde la formalización del contrato: copia de los estatutos o escritura fundacional de la organización en la que se acredite el carácter democrático y participativo de la organización.



- Anualmente durante toda la duración del contrato y sus prórrogas: breve memoria descriptiva de los sistemas de participación aplicados, sean para la plantilla o para las personas usuarias o beneficiarias, y descripción de su impacto o resultados.

V. Sobre el compromiso de reinvertir los beneficios conforme a la finalidad social o de redistribuirlos con criterios de participación.

- En el plazo de un mes desde la formalización del contrato: copia de los estatutos o escritura fundacional de la organización en la que se acredite el sistema de reinversión o de reparto de los beneficios.
- En su caso, balance económico anual de la organización.

Por la subcontratación de empresas y entidades de Economía Social (5 PUNTOS):

1. Se valorará hasta con 5 puntos a las empresas o entidades licitadoras que se comprometan a subcontratar un porcentaje del precio de adjudicación del contrato con empresas y entidades de Economía Social.

2. Las empresas a subcontratar, serán exclusivamente:

- Las asociaciones y fundaciones constituidas conforme a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación; o conforme a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.
- Las cooperativas, mutualidades, sociedades laborales, empresas de inserción, centros especiales de empleo, cofradías de pescadores y las sociedades agrarias de transformación, conforme a lo establecido en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

3. La asignación de la puntuación se realizará del siguiente modo:

- Se establece una escala, mediante la cual se asignará 1 punto por cada 2% de compromiso de subcontratación del precio de adjudicación del contrato con cooperativas y demás entidades de Economía Social.
- Se asignará el máximo de 10 puntos por el compromiso de subcontratar al menos un 10% del precio de adjudicación del contrato con cooperativas y demás entidades de Economía Social.
- Se asignará una puntuación proporcional para aquellas propuestas intermedias.

Sistema de control y verificación:

1. En fase de presentación de las ofertas. En la propuesta técnica la empresa licitadora deberá indicar el compromiso numérico porcentual respecto al precio de adjudicación, de subcontratación con empresas y entidades de Economía Social.

2. Tras la formalización del contrato. La empresa adjudicataria deberá aportar la siguiente documentación:



- Señalamiento nominal de las empresas o entidades de Economía Social a subcontratar, con indicación de conceptos, fechas previstas e importes.

3. En fase de ejecución del contrato. Con carácter periódico (semestral), o en el momento que el órgano de contratación o la persona responsable del contrato lo estime oportuno, la empresa adjudicataria deberá aportar la siguiente documentación:

- Copia del contrato civil o mercantil, o factura, con indicación de las empresas y/o entidades de Economía Social subcontratadas, e incluso del concepto detallado, importe económico y fechas de ejecución.
- Acreditación de la tipología jurídica de la empresa subcontratada mediante inscripción, registro, copia del CIF, estatutos, o escritura de constitución.

Para fundamentar y despejar cualquier duda respecto a los criterios de adjudicación relacionados con la calidad en el empleo y las características de la Economía Social, aludimos a dos preceptos específicos de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público:

- La disposición adicional cuadragésima octava, que señala los requisitos exigidos para la reserva de contratos a entidades y empresas de Economía Social:
 - 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 de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.
 - Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.

Ambas características han sido tomadas en nuestra propuesta como criterios de adjudicación, pues comportan una mejor prestación contractual, y si lógicamente determinan de forma plenamente legal una reserva (excluir de la licitación a otras empresas), desde un punto de vista jurídico resulta menos lesivo para la concurrencia el que conformen sendos criterios de adjudicación.

- El artículo 145.2.2º., que entre los criterios de adjudicación señala “la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución”.

El texto no se limita a señalar que se pueda valorar la experiencia y la cualificación del personal, algo ya implícito con la anterior regulación, sino que menciona expresamente a la “organización del personal”, lo que abre de par en par las puertas para poder valorar aspectos significativos de las empresas y entidades de Economía Social.

El fundamento jurídico de ambas referencias y su aplicación es obvio: la normativa de contratos públicos permite establecer criterios de adjudicación mediante los cuales se valore la organización de la empresa, eso sí, debemos siempre plantear que la redacción de la cláusula o criterio de adjudicación debe ser garantista e incorporar en el texto los dos requisitos esenciales:

- **Que dicha organización implique un valor añadido o aporte mayor eficiencia en la ejecución del contrato.**
- **Que el criterio valore estrictamente cuestiones referidas a la prestación contractual, a la plantilla que ejecuta el contrato, o en relación con las personas beneficiarias de la prestación contractual.**

Por lo tanto, cabe preguntarse si las características, objetivos y la propia organización de las empresas de la Economía Social implican un valor añadido y una mejor prestación, y para responderlo acudimos al artículo 4º de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, donde se definen los principios de la Economía Social:

- a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social.
- b) Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad.
- c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.

Seguramente el paralelismo resulte evidente, pero asumiendo el riesgo de redundancia concluiremos que, en efecto, una empresa aportará valor añadido y mejorará la prestación contractual (lo que determina la legalidad de los criterios de adjudicación), cuando posea las siguientes características organizativas: primacía de las personas y del fin social; gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que prioriza las decisiones en función de las personas o del fin social; que aplica parte o la totalidad de los beneficios a un fin social; o que promueve la solidaridad, el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.

Los criterios relativos al empleo, como el grado de estabilidad laboral de la plantilla o el sistema de remuneración, han sido avalados de manera reciente por distintos tribunales administrativos de recursos contractuales, y están basados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuya Sentencia de 27 de junio de 2006 (recurso núm. 337/2004) enjuició y consideró legal el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Madrid por el que se establecían medidas en la contratación administrativa para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo. En dicha sentencia, se señala que «la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia» (fundamento jurídico tercero).

Del mismo modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también ha reconocido y sentado jurisprudencia en el sentido de que la calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, por lo que su experiencia profesional y su formación conforman dos criterios de adjudicación por completo válidos (STJUE de 26 de marzo de 2015, Ambisig, C-601/13). No olvidemos tampoco que el artículo 67.2.b de la Directiva 2014/24/UE se refiere expresamente a «la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato».

Si nos refiriésemos a una mera gestión empresarial o de recursos humanos podríamos aludir a que una empresa responsable laboralmente logra atraer y retener el talento humano, evita bajas laborales, posee un personal motivado, optimiza las capacidades de su plantilla, se fortalece al reinvertir en su consolidación y expansión, evita riesgos, y posee una buena reputación.

Si lo enfocamos desde una óptica ética, cabría esgrimir que una empresa socialmente responsable remunera adecuadamente, promueve la cohesión social y territorial, emplea a personas desfavorecidas del mercado laboral, genera entornos de trabajo inclusivos y diversos, o fomenta la igualdad de género.

Pero como nuestro criterio debe ser y es estrictamente jurídico, lo justificamos desde una perspectiva legal:

- Una plantilla estable y experimentada posee mayores conocimientos en la materia objeto del contrato, lo que implica una mejor prestación.
- Una plantilla con una remuneración y un convenio digno evita conflictos laborales o el consiguiente riesgo de paralización en la prestación y desatención a la ciudadanía.
- Una plantilla con formación continua posee capacitación para una mejor prestación contractual.
- Una organización con sistemas democráticos y participativos promueve la mejora continua, lo que redundará en la prestación contractual.
- Una organización que reinvierte los beneficios conforme a su finalidad social, o que en caso de distribución esta se realiza con criterios de participación, redundará en una



empresa consolidada y con visión de futuro, lo que garantiza una mejor prestación contractual a corto, medio y largo plazo.

- Una plantilla formada, bien remunerada, participativa y motivada, genera una mejor atención a las personas usuarias o beneficiarias de la prestación.

D. EL PRECIO O COSTE DE LICITACIÓN

Quizá sorprenda su inclusión en este apartado, pero resulta fundamental referirnos al precio como uno de los criterios de adjudicación que determinan una contratación pública responsable. Más incluso, pues de nada sirve señalar cláusulas sociales y a continuación devaluarlas mediante el predominio del precio sobre el resto de los criterios, o la aceptación de un precio de adjudicación por debajo de los costes laborales sin calificarlo como una baja desproporcionada o temeraria.

La estimación del coste del contrato y su ponderación tiene muchas connotaciones, algunas de ellas sociales como la calidad del empleo, las condiciones laborales, o el valor social añadido; pero del adecuado importe del precio de licitación también dependen la propia calidad técnica de ejecución y los posibles perjuicios al interés público.

Aunque hayamos utilizado la terminología de “precio” por resultar habitual, debemos recordar y aclarar que la nueva ley de contratos se refiere estricta y adecuadamente a criterios económicos, y que señala tres sistemas para su señalamiento:

- El precio propiamente dicho. Es decir, para el suministro de cien ordenadores se considera el precio de adquisición, puro y duro.
- La relación coste-eficacia. Para el suministro de dichos ordenadores, se podrá considerar como criterio económico no solo el precio en sí, sino la rentabilidad, entendiendo por ejemplo que será más rentable la adquisición de ordenadores a un precio de unitario de 500 cuya vida útil certificada técnicamente sea de cinco años, que la adquisición de ordenadores a un precio por unidad de 400 y con una vida útil de tres años.
- El cálculo del coste del ciclo de vida de un producto con arreglo al artículo 148 que comprende todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia como la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que esta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización.

Añade el artículo 148 que se podrán considerar los costes relativos a la adquisición, los costes de utilización como el consumo de energía y otros recursos, los costes de mantenimiento y los costes de recogida y reciclado.

Por lo tanto, y manteniendo el símil de la adquisición de ordenadores, se podrá considerar como criterio de adjudicación no el precio, y no solo la rentabilidad, sino también si una empresa ha investigado para ofrecer un ordenador sin obsolescencia programada; si dicha empresa utiliza una tecnología libre de conflictos y garantiza los derechos laborales en la extracción de minerales como el coltán; cuál es su consumo y su gasto energético conforme a su vida útil y una utilización media de 1.700 horas anuales, o cuáles son los costes de reciclado o si posee piezas reciclables o reutilizables.

Como resulta obvio, al optar por el coste de ciclo de vida del producto, se opta no solo por un cálculo e imputación adecuada y real del verdadero coste, sino que además materializamos la compra pública responsable de forma efectiva.

A continuación, y para abordar los criterios económicos desde una perspectiva responsable, señalaremos cinco aspectos a tener muy en cuenta:

- Su ponderación en el conjunto del baremo.
- La fórmula utilizada para el cálculo de la puntuación a determinar.
- El propio cálculo del precio de licitación y la consideración de los costes laborales.
- Las ofertas anormalmente bajas o temerarias.
- Umbral mínimo exigido a las propuestas técnicas.

Ponderación del coste o precio

Como ya habíamos señalado al analizar los criterios de adjudicación, la ley de contratos del sector público no señala en ningún momento que el coste o el precio de adjudicación deba tener una ponderación mínima determinada, pese a lo cual persiste en muchas administraciones públicas una tendencia que desnaturaliza la búsqueda de la mejor relación calidad-precio, al señalar una peso excesivo y desproporcionado del coste, o precio, sobre el resto de criterios de adjudicación, y no solo los sociales y medioambientales, sino también aquellos que garantizan una adecuada calidad en la prestación del contrato.

Compartimos plenamente el deber y el esfuerzo de los órganos de contratación e intervención por obtener el mejor importe de adjudicación y gestionar en consecuencia los presupuestos públicos de manera racional y eficiente. No obstante, sabemos de sobra que nadie ofrece duros a cuatro pesetas, y que lo barato resulta en verdad caro. Un contrato público bien ejecutado, de calidad, y con una correcta atención a las personas usuarias es más importante que un ahorro pírrico, y en último término es más eficiente, incluso en términos monetarios o economicistas.

Por lo tanto, cabe postularse contra servicios públicos, suministros u obras públicas en formato low cost, y debemos apostar por la responsabilidad social de los contratos, lo que implica el pago de un precio justo, la consideración de todos los costes adyacentes a una prestación o a un producto, y la ejecución en unas condiciones



laborales adecuadas y dignas, lo que resulta incompatible con admitir que se tiren los precios, o con valorar el coste con un 80% del total del baremo de adjudicación.

En esta guía consideramos que **no es posible indicar a priori y con carácter general que el coste o precio deba tener una ponderación máxima del 30%, del 40% o del 50%, sino que es preciso realizar un necesario estudio de las características del contrato y el sector de actividad para determinar cuál será su ponderación idónea y proporcionada. Además, la limitación a su ponderación debe complementarse no solo con cláusulas sociales y de calidad, sino también con las medidas que a continuación se indican sobre la fórmula, los costes laborales y las bajas temerarias.**

Fórmula utilizada

Es habitual que las críticas se centren en la ponderación del precio y pase desapercibida la fórmula de cálculo para la asignación de puntos por el precio de licitación, pero se trata de una cuestión trascendental, y en muchas ocasiones tras los algoritmos, ecuaciones y Campanas de Gauss se esconden efectos contrarios a una contratación pública responsable.

Lo explicamos con un ejemplo: en un contrato público se establece un precio de licitación de 100.000 euros, y se otorgan 40 puntos sobre 100 al precio. Y se presentan tres empresas, la empresa A con una baja del 0%, la empresa B con una baja del 5%, y la empresa C con una baja del 10%. Bien, pues en función de la fórmula que utilice el órgano de contratación las diferencias en la puntuación asignada pueden ser muy diferentes, y es habitual que sucedan los siguientes supuestos:

- **Caso 1:** se proporciona el máximo de puntos a la mejor oferta y el mínimo (cero) a la peor oferta en términos económicos. De este modo, a la empresa C por ser la oferta más baja se le asignan 40 puntos, a la empresa A se le dan 0 puntos por ser la más alta, y a la empresa B, 20 puntos.
- **Caso 2:** se utiliza una fórmula compleja que traslada la diferencia de precio a la puntuación de una manera desproporcionada, premiando las bajas en el precio. Resultado: 30 puntos a la empresa C, 12,5 puntos a la empresa B, y 5 puntos a la empresa A.

Es decir, la diferencia de precio entre la empresa A y la empresa C era de un 10%, y una fórmula proporcionada debiera dar dicha diferencia en los puntos, sin embargo, en el caso 1 la diferencia ha sido de 40 puntos y en el caso 2 una diferencia de 25 puntos. Sin duda una desmesura.

Hay que reconocer que la cuestión es compleja, ya que la normativa de contratos públicos no señala cuál debe ser la fórmula aplicable y ni siquiera establece unos parámetros, por lo que existen diversidad de fórmulas aplicables, aunque debemos tener en cuenta que el artículo 146.2 de la Ley 9/2017, de contratos públicos señala que: “La elección de las fórmulas se tendrá que justificar en el expediente”.

Cabe por lo tanto aplicar una fórmula desde parámetros de calidad y responsabilidad social, cuya justificación en el expediente se alinea plenamente el Tribunal de Cuentas que “rechaza el empleo de fórmulas de valoración de ofertas que no guardan la debida proporción entre estas y los puntos a repartir”, o con la doctrina del Tribunal Administrativo de Recursos de la Comunidad de Madrid, que en resolución nº 173/2014 señaló que “la puntuación atribuida al precio o tarifa de las distintas ofertas debe ser proporcional a la reducción del presupuesto base que permite cada una de ellas, para no desvirtuar el impacto de este parámetro a la hora de decidir la adjudicación del contrato”.

En consecuencia, proponemos una fórmula sencilla, lineal y que guarda la debida proporción entre las ofertas, que no premia en exceso a las ofertas más bajas, sino que a la mejor oferta se le asignaría la puntuación máxima establecida (por ejemplo 40 puntos) y para el resto de las empresas, se calcularía su puntuación conforme a la siguiente fórmula:

Puntos= (Mejor oferta realizada X 40) / Oferta realizada por la empresa

Y de este modo, con el ejemplo antedicho resultará de forma proporcional y lineal una diferencia de puntos del 5% y del 10% para una baja idéntica en el precio de licitación:

40 puntos para la empresa C por la mejor oferta de 90.000€.
38 puntos para la empresa B por la oferta de 95.000€
36 puntos para la empresa A por la oferta de 100.000€

Estimación y cálculo del precio incorporando los costes laborales

Seguimos ahondando en cuestiones relacionadas con el criterio precio o coste, por lo que también podemos y debemos tener en cuenta varios preceptos específicos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público:

Artículo 100. Presupuesto base de licitación.

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

Artículo 101. Valor estimado.

2. En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los



gastos generales de estructura y el beneficio industrial. Asimismo, deberán tenerse en cuenta:

...

En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación.

Artículo 116. Expediente de contratación: iniciación y contenido.

4. En el expediente se justificará adecuadamente:

...

d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.

Proponemos en consecuencia trasladar a los pliegos el contenido de dichos artículos, de forma que, en la justificación del expediente, en el valor estimado del contrato y en el precio de licitación queden correctamente reflejados los costes laborales del personal previsto para la ejecución del contrato y con arreglo al convenio laboral de referencia.

Dichas referencias serán fundamentales, en particular para aquellos contratos intensivos en mano de obra, para que las empresas ajusten sus ofertas económicas al coste real y no incurran en dumping social o inapliquen los convenios colectivos, y en último término proporciona una valiosa herramienta a los órganos de contratación para fundamentar debidamente la aplicación de bajas temerarias por dichos conceptos, como a continuación vamos a analizar.

Ofertas anormalmente bajas o temerarias

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, regula las ofertas anormales (temerarias), en su artículo 149, del que extraemos parte de su contenido:

Artículo 149. Ofertas anormalmente bajas.

1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.

2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

...



4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

...

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

Extraemos conclusiones y fijamos conceptos:

- Los pliegos deben señalar con carácter previo y mediante parámetros objetivos qué ofertas se considerarán anormales o temerarias. Por ejemplo: cualquier oferta inferior al 15% del precio de licitación se considerará anormal o desproporcionada.
- Se rechazarán las ofertas anormalmente bajas por no haber incluido en su cálculo los costes salariales derivados de los convenios colectivos sectoriales vigentes en aplicación de lo dispuesto en el artículo 201.
- Este último precepto nos remite al artículo 201, a las obligaciones en materia medioambiental, laboral o social, donde se indica que “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...”.
- Dicho artículo debemos relacionarlo y complementarlo con el establecimiento en los pliegos de una condición especial de ejecución de carácter social, conforme al artículo 202, materializando para la empresa adjudicataria el deber del “cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables”.
- No obstante, la aplicación de las bajas temerarias no es automática, y no es posible excluir directamente a una empresa por incurrir en una baja desproporcionada conforme a los parámetros señalados en los pliegos, sino que es preciso requerir al licitador, establecer un plazo para que pueda aportar alegaciones y documentación, o justificar y desglosar razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios.
- Por lo tanto, en los pliegos se deberá establecer una condición especial de ejecución que exija el cumplimiento de un concreto convenio colectivo sectorial y territorial; se calcularán y desglosarán los costes laborales conforme a dicho convenio; y se establecerá un parámetro proporcional como baja anormal o



temeraria y un parámetro cualitativo que impida ofertar por debajo de los costes laborales.

Siguiendo estas pautas y aplicando el procedimiento de alegaciones, se podrá excluir de la licitación a una empresa que incurra en una oferta económica por debajo de los costes salariales conforme al convenio colectivo aplicable, cuando esta resulte injustificada.

Ponderación mínima exigida a la oferta técnica

Para terminar con este bloque de cuestiones referidas a la modulación de la importancia del coste o precio, resulta de enorme interés aludir a lo prescrito en el artículo 146.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público:

En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo.

Esta previsión trata de evitar que una empresa saque 5 puntos de 40 en la propuesta técnica y en cambio obtenga 60 puntos de 60 en la propuesta económica, pero sumando ambas resulte adjudicataria del contrato frente a otras empresas con mejores ofertas técnicas y sociales, algo por desgracia habitual, y que implica una prestación con una calidad pésima, además de probablemente unas condiciones laborales indignas.

Para impedirlo, **la normativa permite articular un procedimiento de adjudicación por fases y establecer una puntuación o umbral mínimo del 50% para cada una de las fases. De este modo, en la primera fase se evaluará la propuesta técnica, y la empresa que no obtenga el 50% de la puntuación, quedará descartada o eliminada del proceso selectivo, no pudiendo pasar a la siguiente fase, a la evaluación de la propuesta económica.**

7. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

Normativa

Se hallan reguladas en el artículo 202 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público:

Artículo 202. Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden.

1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.

2. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: 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.

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover 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; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y



territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar 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 tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

3. Los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71.

4. Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo.

Análisis

Desgranamos el artículo transcrito desde el punto de vista normativo, aprovechando para trascender de la teoría jurídica a la pragmática de los pliegos y apuntar algunas recomendaciones:

- **La posibilidad y legalidad de incorporar condiciones especiales de ejecución de los contratos de tipo social, ético y medioambiental queda fuera de toda discusión:** la legislación de contratos públicos avala de forma expresa y clara dicha opción.
- Las condiciones especiales de ejecución del contrato **se configuran como verdaderas obligaciones** que todas las empresas licitadoras asumen de forma implícita al presentar sus propuestas, y que la empresa adjudicataria deberá cumplir preceptivamente en el momento de prestar el contrato. No suponen una condición o requisito previo, sino una exigencia en la fase de ejecución del contrato, obviamente una vez adjudicado.
- Al igual que en el artículo referido a los criterios de adjudicación, nos hallamos ante un **listado temático extenso y ejemplificativo**, cuya razón de ser es la de despejar por completo cualquier objeción o reparo jurídico. El listado no es exhaustivo, sino que las temáticas sociales, éticas o medioambientales descritas son susceptibles de ser ampliadas y adaptadas.
- Se reitera la referencia de los criterios de adjudicación, de que las condiciones especiales de ejecución deben estar **“vinculadas al objeto del contrato”**, pero de nuevo aclara el concepto al añadir **“en el sentido del artículo 145”**. Es decir, reiteramos que no se exige una vinculación directa al objeto contractual, al CPV, o al



título, sino que debe relacionarse con la propia prestación contractual: cualquier cuestión integrada en la prestación contractual, en cualquiera de sus aspectos, en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluso cuando no formen parte de su sustancia material, en el proceso específico de producción, o en lo referente a las formas de producción o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas.

- Como una de las novedades de la nueva regulación, cabe advertir que el párrafo segundo del punto primero establece que **es obligatorio señalar al menos una condición especial de ejecución**.

Por lo tanto, al igual se sucede con los contratos reservados para Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción, nos hallamos ante una aplicación de la contratación responsable de carácter obligatoria para todas las administraciones públicas, y que materializa el precepto señalado en el artículo primero de la Ley de Contratos Públicos: “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales”.

Establecida la obligatoriedad de su señalamiento, debemos abogar para que los órganos de contratación eludan obligaciones vagas o de muy fácil cumplimiento, y opten por condiciones de ejecución adaptadas a la prestación contractual, que coadyuven a la adopción de políticas de responsabilidad social, que beneficien de manera efectiva a las personas usuarias, y que promuevan una mejora en las condiciones laborales de la plantilla que ejecutará el contrato.

- Considerando su carácter obligatorio, advertimos sobre su **aplicación bajo criterios de prudencia y progresividad**, de manera que no se incorporen en los pliegos condiciones especiales de ejecución desproporcionadas en relación con las características del contrato ni con la oferta existente en el mercado.

Y del mismo modo que cabe criticar el exceso, tampoco sería lógico pecar por defecto. No pretendamos por lo tanto, incluir la misma o las mismas condiciones especiales de ejecución en un contrato para la redacción de un proyecto técnico por importe de 5.000 euros, que requiere cualificación específica y supone que lo prestará una persona en un plazo de dos meses, que en un contrato de atención a domicilio, por importe de un millón de euros, que requerirá cincuenta personas en plantilla, cuya duración con las prórrogas será de cuatro años y que permitirá aplicar interesantes políticas de inserción, o de igualdad, o de calidad en el empleo, o abrir interesantes nichos para la Economía Social, o para las pequeñas y medianas empresas.

- Recordamos también que **las condiciones especiales de ejecución (de obligado cumplimiento) y los criterios de adjudicación (de asunción voluntaria) son compatibles y plenamente sinérgicas**.

No se trata de elegir entre unas u otras, sino que resulta recomendable incluir ambos, señalando como obligación un listón razonable que la mayoría de los licitadores pueda superar, y que en el momento de incorporar los criterios de adjudicación subamos el nivel, de modo que los licitadores que aporten un mayor compromiso o valor social a la prestación obtengan una puntuación más alta por ello.

Por ejemplo, cabe obligar (condición de ejecución) a que se contrate para la ejecución del contrato a una persona con discapacidad; y valorar (criterio de adjudicación) a las empresas que se comprometan a contratar a dos o más personas con discapacidad.

- Por último y muy importante: **es imprescindible verificar su efectivo cumplimiento**. De nada nos servirá redactar e incluir una cláusula social, si en los propios pliegos no establecemos cómo y cuándo acreditará la empresa adjudicataria su correcta ejecución y qué consecuencias se derivarán de su incumplimiento. Para



ello proponemos sistemas de control y verificación, señalando el momento y la documentación específica que deberán presentar las empresas adjudicatarias.

Propuesta de aplicación práctica. Cláusulas

A. INSERCIÓN SOCIOLABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE PERSONAS EN SITUACIÓN O RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL

Contratación de personas con discapacidad y de personas en situación o riesgo de exclusión social:

1. La empresa adjudicataria deberá emplear en la plantilla que ejecutará el contrato a una persona con dificultades de acceso al mercado laboral y a mantener dicha contratación durante toda la prestación contractual.
2. Si la empresa no precisase contratar nuevo personal en el momento de iniciarse la ejecución del contrato, deberá comprometerse a contratar este perfil a través de las nuevas contrataciones, bajas y sustituciones que se produzcan hasta alcanzar dicho número.
3. El perfil de las personas a contratar será alguno de los siguientes:
 - Las personas con certificado de discapacidad igual o superior al 33%.
 - Las personas con perfiles señalados en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación de Empresas de Inserción.
 - Las personas con dificultades de acceso al mercado laboral, conforme al Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre.

Sistema de control y verificación:

1. En fase de presentación de las ofertas. Declaración jurada de conformidad y adhesión a las condiciones especiales de ejecución establecidas en los pliegos.
2. En fase de ejecución del contrato.

Indicación nominal de la persona o personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social, especificando duración de sus contratos y jornada laboral.

Con carácter periódico (semestral), o en el momento que el órgano de contratación o la persona responsable del contrato lo estime oportuno, la empresa adjudicataria aportará la siguiente documentación:

- Certificado de discapacidad, o certificado de servicios públicos sociales o de una entidad cuya finalidad sea la inserción sociolaboral, acreditativos de los perfiles requeridos (previo consentimiento y cumplimiento de la Ley de Protección de datos de carácter personal).
- Informe ITA (Informe de Trabajadores en Alta), y certificado de la Seguridad Social, con expresión de la relación total y nominal de personas trabajadoras en la empresa.

Subcontratación de Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social, Empresas de Inserción Sociolaboral, de Cooperativas y demás entidades de Economía Social.



www.faecta.coop



1. La empresa adjudicataria deberá subcontratar al menos un 2% del precio de adjudicación del contrato con una Empresa de Inserción, o un Centro Especial de Empleo de iniciativa social; o una cooperativa o demás entidades de Economía Social.

2. Las empresas a subcontratar, serán exclusivamente:

- Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, conforme a la descripción y requisitos señalados en la disposición adicional decimocuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.
- Empresas de Inserción, conforme a la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación de Empresas de Inserción, legislación autonómica correspondiente.
- Las asociaciones y fundaciones, las cooperativas, mutualidades, sociedades laborales, cofradías de pescadores y las sociedades agrarias de transformación, conforme a lo establecido en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

Sistema de control y verificación:

1. En fase de presentación de las ofertas. Declaración jurada de conformidad y adhesión a las condiciones especiales de ejecución establecidas en los pliegos.

2. En fase de ejecución del contrato. Con carácter periódico (anual), o en el momento que el órgano de contratación o la persona responsable del contrato lo estime oportuno, la empresa adjudicataria deberá aportar la siguiente documentación:

- Copia del contrato civil o mercantil, o factura, con indicación del Centro Especial de Empleo o Empresa de Inserción subcontratada, e incluso del concepto detallado, importe económico y fechas de ejecución.
- Acreditación de la tipología jurídica de la empresa subcontratada mediante inscripción, registro, copia del CIF, estatutos, o escritura de constitución.

Cumplimiento de la cuota del 2% de contratación de personas con discapacidad.

1. Las empresas licitadoras que cuenten con 50 o más personas trabajadoras en el total de su plantilla deberán acreditar que está compuesta al menos por un 2% de personas con discapacidad igual o superior al 33%, conforme a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Complementaria o subsidiariamente podrá acreditarse mediante el cumplimiento de las medidas alternativas previstas en la legislación vigente.

Sistema de control y verificación:

1. En fase de presentación de las ofertas. Declaración jurada manifestando si la empresa cuenta con 50 o más personas trabajadoras en el total de su plantilla, y en caso afirmativo declaración de compromiso de que al menos un 2% de la plantilla está compuesta por personas con discapacidad igual o superior al 33%, o que cumple las medidas alternativas previstas.



2. Tras la formalización del contrato. Identificación nominal de las personas contratadas, y copia del certificado de grado de discapacidad conforme al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (previo consentimiento y cumplimiento de la Ley de Protección de datos de carácter personal). Informe ITA (Informe de Trabajadores en Alta), y certificado de la Seguridad Social, con expresión de la relación total y nominal de personas trabajadoras en la empresa.

B. ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y DISEÑO PARA TODAS LAS PERSONAS

1. La empresa adjudicataria deberá cumplir las especificaciones técnicas de diseño universal para todas las personas establecidas en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de accesibilidad universal y diseño para todos.

2. En los contratos de obras se deberá cumplir asimismo la normativa sobre accesibilidad universal y diseño para todos contenida, en el Código Técnico de la Edificación, en el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones.

3. En los contratos relacionados con las tecnologías y la comunicación se deberá cumplir asimismo el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.

1. La empresa adjudicataria deberá cumplir las especificaciones técnicas de diseño universal para todas las personas establecidas en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de accesibilidad universal y diseño para todos.

2. En los contratos de obras se deberá cumplir asimismo la normativa sobre accesibilidad universal y diseño para todos contenida, en el Código Técnico de la Edificación, en el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones.

3. En los contratos relacionados con las tecnologías y la comunicación se deberá cumplir asimismo el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.

Sistema de control y verificación:

1. En fase de presentación de las ofertas. Declaración jurada de conformidad y adhesión a las condiciones especiales de ejecución establecidas en los pliegos.

2. En fase de ejecución del contrato. En el momento que el órgano de contratación o la persona responsable del contrato lo estime oportuno, y en todo caso antes del acto formal y positivo de recepción o conformidad con la prestación, la empresa

adjudicataria deberá aportar la siguiente documentación:

Certificación técnica acreditando el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y en su caso respecto al Real Decreto 505/2007, de 20 de abril; y en su caso con el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre.

C. CUMPLIMIENTO DE CONVENIO COLECTIVO. SUBROGACIÓN. INFORMACIÓN SOBRE CONDICIONES LABORALES

1. La empresa adjudicataria deberá aplicar a la plantilla que ejecutará el contrato durante toda la prestación contractual, las condiciones laborales establecidas por el último convenio colectivo sectorial y territorial vigente en el que se encuadra y desarrolla la prestación contractual, sin perjuicio de mejoras sobre lo dispuesto en el mismo.

2. La empresa adjudicataria deberá presentar en el plazo de quince días tras la formalización del contrato un documento indicativo del número de personas trabajadoras que van a emplear para

la ejecución del contrato (y en su caso el personal que será subcontratado con terceras empresas), así como los datos desglosados por sexo de cada persona trabajadora, con indicación de su jornada laboral, categoría profesional, y los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. Si la plantilla no fuera homogénea a lo largo del contrato, se deberá presentar un calendario con indicación estimada del número de personas y fechas estimadas de inicio y fin de los contratos.

3. La empresa adjudicataria deberá subrogarse como empleador de los trabajadores y trabajadoras que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del contrato, cuando una norma legal, un convenio colectivo, o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, establezca dicha obligación.

La obligación será también de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación. Y cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo o una Empresa de Inserción, la empresa adjudicataria deberá subrogar a todas las personas con discapacidad, o en situación o riesgo de exclusión social, que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

Sistema de control y verificación:

1. En fase de presentación de las ofertas. Declaración jurada de conformidad y adhesión a las condiciones especiales de ejecución establecidas en los pliegos.

2. Tras la formalización del contrato: Documento indicativo del número de personas trabajadoras que van a emplear para la ejecución del contrato (y en su caso el personal que será subcontratado con terceras empresas), así como los datos desglosados por sexo de cada persona trabajadora, con indicación de su jornada laboral, categoría profesional, y los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. Si la plantilla no fuera homogénea a lo largo del contrato, se deberá presentar un calendario con indicación estimada del número de personas y



fechas estimadas de inicio y fin de los contratos.

3. En fase de ejecución del contrato. Con carácter periódico (anual), o en el momento que el órgano de contratación o la persona responsable del contrato lo estime oportuno, la empresa adjudicataria deberá aportar la siguiente documentación:

- Declaración jurada de la relación nominal y el número de personas adscritas a la ejecución del contrato, con indicación de sexo, jornada laboral, categoría profesional, duración de su contrato, y costes salariales.
- Informe ITA (Informe de Trabajadores en Alta, emitido por la Seguridad Social) e informe certificado emitido por la Seguridad Social con declaración nominal de las personas trabajadoras, la antigüedad en la empresa y las bases de cotización.
- En su caso, TC1 y TC2 de la empresa. Y/o copia de los contratos de trabajo en modelo estandarizado del Servicio Público Estatal de Empleo.
- En su caso certificación del comité de empresa, o de los trabajadores y las trabajadoras, acreditando el cumplimiento del convenio colectivo, y las condiciones laborales.

Respecto a las condiciones especiales de ejecución relacionadas con la subrogación, la información sobre condiciones laborales y el cumplimiento de los convenios colectivos, conviene realizar las siguientes alusiones a la Ley 9/2017, de contratos del sector público, pues se trata de cuestiones interrelacionadas entre sí:

Cumplimiento de convenios colectivos

El artículo 202, se refiere de manera literal a la posibilidad de establecer como condición especial de ejecución el “cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables”.

Además, el artículo 35.1.n), referido al contenido mínimo de los contratos, establece que los documentos en los que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público, deberán incluir, necesariamente, las siguientes menciones: “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 aplicación”.

Y el artículo 124, sobre el contenido mínimo necesario de los pliegos de cláusulas administrativas, indica que se deberá incluir: “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación”.

Subrogación

El artículo 130 se refiere a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, y señala que previamente a establecer la condición especial de ejecución, el órgano de contratación deberá señalar en el propio pliego toda la información sobre los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación para permitir una exacta evaluación de los costes laborales por parte de los licitadores.

Dicha información (art. 130.1) deberá ser suministrada por la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar, como empleadora de la plantilla afectada. Y se deberá especificar: listados del personal objeto de subrogación con indicación del convenio colectivo de



aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación.

Información sobre condiciones laborales.

El artículo 100.2 señala que: “En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.

En este precepto debemos advertir una pequeña incongruencia, pues el órgano de contratación debe calcular el presupuesto base de licitación y desglosar los costes salariales y la categoría profesional, pero será imposible que desagregue los datos por género, puesto que le resulta imposible saber qué empresa resultará adjudicataria, ni la proporción de hombres y mujeres que contratará.

Dicho artículo no se refiere a condiciones especiales de ejecución sino al doble deber para el órgano de contratación de que (artículo 100.2), en primer lugar, el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado; y en segundo lugar que el presupuesto de licitación indique de forma desglosada los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. Pero ahora veremos la relación.

Como podemos advertir, las tres cuestiones abordadas se cruzan constantemente en los respectivos artículos. Y tomando una visión de conjunto cabe concluir que los pliegos deben indicar y concretar con carácter previo toda la información relativa a subrogación, convenios colectivos, e información sobre condiciones laborales, para posteriormente establecer de manera adecuada las condiciones especiales de ejecución relacionadas con las mismas, lo que nos permitirá solicitar la información pertinente a la empresa adjudicataria, verificar dichos datos y cotejarlos debidamente.

D. IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

1. La empresa adjudicataria deberá emplear en la plantilla que ejecutará el contrato y durante toda la prestación contractual, una proporción de mujeres al menos 5 puntos superior al porcentaje medio recogido por sexo y rama de actividad en la última Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística para el sector de (...), tomando como referencia la fecha de publicación del anuncio de licitación.
2. La empresa contratista en toda la documentación, publicidad, imagen o material que se genere con motivo de la ejecución del contrato, deberá emplear un uso no sexista del lenguaje, evitar cualquier imagen discriminatoria de las mujeres o estereotipos sexistas y fomentar una imagen con valores de igualdad, presencia equilibrada, diversidad, corresponsabilidad y pluralidad de roles e identidades de género.
3. En los contratos de servicios cuya prestación implique el trato directo con personas físicas, y en todo caso las empresas contratistas con una plantilla superior



a quince personas, deberán aprobar y difundir un protocolo o medidas específicas para prevenir y hacer frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el trabajo, o para prevenir el acoso sexual contra las personas beneficiarias o usuarias de la prestación contractual; y/o para prevenir las situaciones de violencia machista o por orientación sexual o por identidad de género.

Sistema de control y verificación:

1. En fase de presentación de las ofertas. Declaración jurada de conformidad y adhesión a las condiciones especiales de ejecución establecidas en los pliegos.
2. En fase de ejecución del contrato. Con carácter periódico (anual), o en el momento que el órgano de contratación o la persona responsable del contrato lo estime oportuno, la empresa adjudicataria aportará la siguiente documentación:
 - Informe ITA (Informe de Trabajadores en Alta), y certificado de la Seguridad Social, con expresión de la relación total y nominal de personas trabajadoras en la empresa, y con indicación de sexo y categoría profesional.
 - Listado enumerativo y copia en soporte informático de toda la documentación, publicidad, cartelería y materiales escritos o gráficos utilizados.
 - Copia del protocolo o medidas adoptadas para prevenir el acoso sexual o por razón de sexo, y la violencia machista y por orientación sexual y por orientación de género, que deberá estar certificado por una persona con formación especializada en igualdad; o bien acompañado de una declaración responsable de haber participado en su elaboración y aprobación los trabajadores y trabajadoras. Se deberá acompañar de una breve memoria de las acciones de comunicación y formación interna o externa realizadas.

E. CLÁUSULA ÉTICA

1. La empresa adjudicataria durante toda la ejecución del contrato, para todas las personas que participen en cualquier fase de la cadena de producción, y a lo largo de toda la cadena de suministro, deberá prestar el contrato con escrupuloso respeto a las siguientes Convenciones y Convenios Internacionales:
 - La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
 - Convenio OIT n.º 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.
 - Convenio OIT n.º 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.
 - Convenio OIT n.º 29, sobre el trabajo forzoso.
 - Convenio OIT n.º 105, sobre la abolición del trabajo forzoso.
 - Convenio OIT n.º 138, sobre la edad mínima.
 - Convenio OIT n.º 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación).
 - Convenio OIT n.º 100, sobre igualdad de remuneración.
 - Convenio OIT n.º 182, sobre las peores formas de trabajo infantil.



Sistema de control y verificación:

1. En fase de presentación de las ofertas. Declaración jurada de conformidad y adhesión a las condiciones especiales de ejecución establecidas en los pliegos.
2. En fase de ejecución del contrato.
 - Declaración responsable acreditando haber ejecutado el contrato con escrupuloso respeto a las Convenciones y Convenios Internacionales señalados como condición de ejecución.
 - En casos específicos se podrá requerir (señalándolo previamente en los pliegos) se una certificación, sello, distintivo específico que acredite el cumplimiento de los citados Convenios Internacionales, como por ejemplo el Sello Fairtrade, o las certificaciones SA 8000, TCO Certified, OHSAS 8001, ISO 9001, DS 49001, ISO 26000, o cualesquiera otros de carácter equivalente, o su acreditación a través de una auditoría externa.

F. CLÁUSULA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

1. La empresa adjudicataria se deberá comprometer a evitar la evasión y la elusión fiscal en el marco de la prestación contractual, así como a garantizar la correcta tributación de las rentas derivadas del presente contrato.
2. En cumplimiento de la presente condición especial de ejecución, la empresa adjudicataria deberá presentar una declaración responsable en la que:
 - a) Manifieste el compromiso de incorporar la totalidad de las rentas derivadas del contrato en sus declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre la Renta de No Residentes o del Impuesto sobre Sociedades, según el caso.
 - b) Manifieste que la empresa no destina, por sí misma o mediante entidades vinculadas (en los términos del artículo 18.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades), las rentas derivadas del presente contrato a la realización de operaciones en paraísos fiscales con la finalidad de obtener un ahorro fiscal (de conformidad con la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal). O de forma alternativa, que la empresa acredite que su operativa en un territorio calificado como paraíso fiscal responde a motivos económicos válidos distintos del ahorro fiscal.

Sistema de control y verificación:

Declaración responsable acreditando haber ejecutado el contrato sin incurrir en evasión ni elusión fiscal y garantizado la correcta tributación de las rentas derivadas del contrato.

En casos específicos, referidos a contratos y sectores en los que puedan licitar empresas que operan en paraísos fiscales, se incorporará en los pliegos el siguiente texto:

1. La empresa adjudicataria autorizará expresamente al órgano de contratación para que acceda a sus datos fiscales en poder de la Administración tributaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.1.k) de la Ley 58/2003, de 17 de



diciembre, General Tributaria.

2. Si la empresa adjudicataria forma parte de un grupo en el que alguna de sus entidades esté sometida a la obligación de presentar la información país por país, en los términos previstos en los artículos 13 y 14 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, facilitará al órgano de contratación una copia de las declaraciones presentadas durante la ejecución del contrato, en los diez días siguientes a la presentación de cada una de ellas ante la Administración tributaria.

3. Si la empresa adjudicataria está sometida a la obligación de presentar la declaración informativa de operaciones vinculadas y de operaciones y situaciones relacionadas con paraísos o territorios calificados como paraísos fiscales, de conformidad con la Orden HFP/816/2017, de 28 de agosto, facilitará al órgano de contratación una copia de las declaraciones presentadas durante la ejecución del contrato, en los diez días siguientes a la presentación de cada una de ellas ante la Administración tributaria.

4. Conforme al artículo 157.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el órgano de contratación podrá requerir informes a las organizaciones sociales dedicadas de manera específica a la consecución de una fiscalidad justa para la verificación de la presente condición especial de ejecución.

5. A los efectos establecidos en el artículo 133.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, las declaraciones responsables no podrán ser calificadas por los licitadores como confidenciales, y se publicarán en el portal de contratación en el perfil del contratante, con el objeto de que cualquier persona física o jurídica con un interés legítimo pueda alegar respecto a su veracidad de conformidad con el artículo 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.



8. CONCIERTOS SOCIALES

Normativa

La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, ha legislado con carácter novedoso en relación con la posibilidad de prestar determinados servicios a las personas, servicios sociales o sanitarios:

(Preámbulo)

Por otra parte, debe señalarse que los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u 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.

Artículo 11. Otros negocios o contratos excluidos.

6. Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Disposición adicional cuadragésima séptima. Principios aplicables a los contratos de concesión de servicios del anexo IV y a los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV.

Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de esta Ley y, entre otras, de las relativas al establecimiento de las prescripciones técnicas, de las condiciones mínimas de solvencia, de los criterios de adjudicación y de las condiciones especiales de ejecución, en los procedimientos de licitación de contratos de concesión de los servicios que figuran en el anexo IV y de contratos de carácter social, sanitario o educativo también del anexo IV, los órganos de contratación velarán en todas sus fases por la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios; las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio.

Asimismo, al establecer los criterios de adjudicación de los contratos a que se refiere esta disposición adicional, el órgano de contratación podrá referirlos a aspectos tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza en los términos establecidos en el artículo 145; la



reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos.

Disposición adicional cuadragésima novena. Legislación de las Comunidades Autónomas relativa a instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social.

Lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social.

Análisis

- La ley de contratos nos dice que algunos contratos no son contratos públicos. Parece un acertijo, así que emplearemos una terminología precisa: determinadas prestaciones pueden acordarse entre la administración y las entidades privadas sin categorizar dicha relación en el marco de un contrato público sino mediante otros instrumentos jurídicos. Es decir, no están sujetas a la ley de contratos, y no es preciso utilizar los procedimientos previstos de adjudicación de contratos públicos, ni tampoco se sujetan a los principios de publicidad o concurrencia de la contratación pública.
- La inaplicación o no sujeción de determinadas prestaciones a la normativa de contratos públicos no tiene nada de extraño, solo que el nuevo marco normativo se refiere de forma expresa a que los servicios sociales, educativos o sanitarios pueden quedar excluidos de su ámbito. El paralelismo es que las administraciones para la adquisición de inmuebles no se rigen por la legislación de contratos públicos, sino por el derecho privado. Del mismo modo la normativa de contratos públicos señala que para la prestación de servicios sociales, sanitarios o educativos las administraciones públicas pueden financiar (subvencionar), conceder licencias o autorizaciones, o establecer otros sistemas como conciertos o convenios.
- La nueva regulación de la legislación nacional de contratos públicos no hace sino transponer lo previsto en la Directiva 2014/24/UE, de contratos públicos:

(6). 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.

(114). Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios.



Los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos.

Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales 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 disposición adicional cuadragésima novena, materializa también la asunción competencial establecida en el artículo 148.20ª de la Constitución Española, por lo que con carácter previo a la nueva Ley 9/2017, de contratos del sector público, y a la propia Directiva Comunitaria 2014/24/UE, han sido muchas las Comunidades Autónomas, que han establecido sistemas de concertación específicos y exclusivos para entidades sin ánimo de lucro.

Todas ellas han considerado -y amparado- que los operadores no lucrativos gocen de preferencia en la contratación, sin menoscabo de los principios de libre concurrencia y no discriminación, y algunas de ellas ya han regulado un sistema de concertación:

- Aragón: Decreto-Ley 1/2016, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario.
- Navarra: Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales.
- Comunidad Valenciana: Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social.
- Principado de Asturias: Ley 9/2015, de 20 de marzo, de primera modificación de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de Servicios Sociales.
- Cataluña: Decreto-Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (convalidado julio de 2016).
- Galicia: Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia.
- Islas Baleares: Ley 10/2013, de modificación de la Ley 4/2009, de 11 de junio; y Decreto 18/2015, por el que se establecen los principios generales a los que se han de someter los conciertos sociales.
- Murcia: Ley 16/2015, de 9 de noviembre, por la que se modifica la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales.
- Castilla y León: Ley 16/2010 de Servicios Sociales
- País Vasco: Ley 12/2008 de Servicios Sociales.
- Madrid: Ley 11/2003 de Servicios Sociales.



- En términos prácticos y retomando el objetivo de la presente guía, debemos tener en cuenta:
 - Que las administraciones públicas pueden articular instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social.
 - Y dichos instrumentos permiten limitar la participación a entidades sin ánimo de lucro y/o de iniciativa social.
 - Aunque parezca contradictorio, que la ley de contratos admita de manera expresa esta opción es importante, pues se trata de opciones que hasta ahora se hallaban en entredicho, incluso existía una clara oposición desde muchos ámbitos jurídicos contra lo que venía denominando “la huida del derecho administrativo”, cuyo fundamento señalaba que cualquier prestación de servicios, sociales o no, abonada por la administración pública debía someterse a la legislación de contratos públicos y calificarse como contrato público.
 - Muchas convocatorias de subvenciones o convenios con entidades sociales, al igual que los conciertos sociales, han sido impugnados o informados negativamente con dicha fundamentación, y esto es precisamente lo que ahora se evita, admitiendo la propia legislación de contratos públicos, que la prestación de servicios sociales, culturales o educativos pueden financiarse, autorizarse, conveniarse o concertarse de manera legal con entidades sin ánimo de lucro.
 - Por lo tanto, aquellas entidades de la Economía Social, como las asociaciones, fundaciones y empresas de inserción; y aquellas otras que estén calificadas de interés social como las cooperativas de iniciativa social y centros especiales de empleo, u otras semejantes, pueden prestar servicios sociales, sanitarios o culturales a través de convenios o conciertos, sin necesidad de someterse a la normativa y el procedimiento de la contratación pública.
 - Nos hallamos en definitiva ante un sistema más flexible que puede proporcionar a las entidades de Economía Social sin ánimo de lucro y/o de iniciativa social una financiación pública que puede ser estable y plurianual, además de no tener que competir o concurrir con empresas mercantiles con ánimo de lucro.
 - El procedimiento debe garantizar los principios de publicidad, transparencia y no discriminación, pero también se prevé la concertación o realización de convenios de forma directa y sin concurrencia.
 - La propia lógica de la concertación, y la singularidad de los servicios de atención a las personas implican que la selección de las entidades prestadoras de estos servicios, debe basarse en criterios y principios como: la calidad, la experiencia de la entidad, la formación y profesionalidad del equipo humano, la solidaridad, la participación, la promoción de fines sociales, el trabajo en red, las buenas prácticas, la innovación social, la inclusión de la perspectiva de género, la calidad en el empleo, la evaluación por las personas usuarias, el desarrollo local, la atención integral, la implantación en el territorio o la adecuación a las estrategias públicas.

9. CUMPLIMIENTO Y VERIFICACIÓN

Es cierto que de manera creciente muchas administraciones públicas incorporan en sus pliegos diferentes cláusulas sociales, pero no es menos cierto que solo una pequeña parte verifica y comprueba realmente su adecuado cumplimiento por parte de las empresas adjudicatarias.

Nos hallamos en verdad ante un mal endémico, no de la contratación pública responsable en particular, sino de la contratación pública en general. Así que la experiencia y el propio desarrollo de la contratación pública responsable nos conduce a una conclusión muy clara: la clave de bóveda de la contratación pública responsable se halla en la verificación de su cumplimiento.

Sabedores de esta dificultad, en la presente guía proponemos un sistema de control y verificación completo, sencillo y eficaz, con el valor añadido de facilitar sobremanera el trabajo al personal técnico de contratación:

- Con carácter previo hemos propuesto clausulado objetivo, evitando los juicios de valor, así, quien deba evaluar los criterios no precisa ser experto o experta en igualdad de género, o en inserción laboral, o en derecho laboral.
- Hemos acompañado cada una de las cláusulas de su correspondiente verificador, que remite a un sistema de control y acreditación de cumplimiento estandarizado, cuya descripción o texto literal podrá incluirse en los propios pliegos.
- Los verificadores remiten a la presentación de una documentación específica que permiten de manera rápida y fácil al órgano de contratación o la persona responsable del contrato comprobar el efectivo cumplimiento de cada cláusula, pues requiere tan solo examinar determinada documentación una o dos veces al año y cotejar su contenido con las obligaciones asumidas por el adjudicatario.
- La carga de la prueba y la obligación de acreditar el cumplimiento de las cláusulas sociales corresponde a la empresa adjudicataria, pero además debe hacerlo conforme a modelos y documentación estandarizada, lo que facilitará su examen y comprobación posterior.
- Se proporciona plena transparencia e igualdad de trato al procedimiento, puesto que todas las empresas licitadoras conocen de antemano qué documentación deberán aportar en caso de resultar adjudicatarias.
- Aunque no todas las empresas sean iguales, es cierto que en muchas ocasiones las empresas licitadoras saben que las cláusulas sociales no se comprueban, por lo que asumir compromisos no supone ningún problema. Para evitarlo es fundamental establecer un procedimiento sistemático y homogéneo en los pliegos. De este modo lanzamos un mensaje muy claro a los licitadores en el sentido de que las cláusulas deben cumplirse de manera efectiva, que les corresponderá acreditar su cumplimiento aportando la documentación preestablecida, que se verificará su correcta ejecución, y que de su incumplimiento se derivarán consecuencias graves.

Previamente al sistema que a continuación planteamos, los pliegos de cláusulas administrativas particulares habrán señalado para cada criterio de adjudicación y cada condición de ejecución de carácter social, la documentación que debe presentar el adjudicatario para acreditar su cumplimiento, así como el momento en el que deberán hacerlo (véase “sistema de control y verificación” que aparece junto a cada cláusula).

Por lo tanto, establecidos los criterios sociales, y sus sistemas de control y verificación, incluiremos también en los pliegos la siguiente cláusula:



www.faecta.coop



CUMPLIMIENTO Y ACREDITACION DE LAS CLAUSULAS SOCIALES

1. La empresa contratista estará obligada como única responsable de la total realización del contrato, al cumplimiento de todos los criterios de adjudicación que hubiera asumido, y todas las condiciones especiales de ejecución del contrato en materia social, debiendo además presentar la documentación señalada en el presente pliego para la verificación de su cumplimiento social.

2. Todas las condiciones especiales de ejecución y los criterios de adjudicación de carácter social que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen en su ejecución.

3. La contratista deberá acreditar de manera efectiva la correcta prestación del contrato en lo relativo a los criterios de adjudicación a los que se haya comprometido en su propuesta técnica, así como las condiciones de ejecución de carácter social, debiendo presentar a tal efecto la documentación señalada en el presente pliego para la verificación de su cumplimiento.

4. Los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución de carácter social se consideran obligaciones contractuales esenciales, por lo que en caso de incumplimiento y en función de la gravedad, el órgano de contratación podrá optar por:

- Resolver el contrato por incumplimiento culpable, lo que pudiera implicar la inhabilitación para licitar durante el plazo de dos años en cualquier procedimiento público de licitación.
- Continuar la ejecución del contrato, con la imposición de una penalidad que el órgano de contratación debe estimarse en función de su gravedad hasta un máximo del 10% del precio del contrato.

5. La persona responsable del contrato deberá verificar la documentación presentada, y evaluar la adecuación y la conformidad respecto de los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución de carácter social asumidas por el contratista.

6. La persona responsable del contrato deberá informar sobre los posibles incumplimientos del contratista en materia de cláusulas sociales, y en su caso, propondrá el inicio del procedimiento de imposición de penalidades o de resolución del contrato.

La cláusula propuesta establece un procedimiento efectivo y pautado conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público:

Artículo 202. Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden.

“3. Los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c)



del apartado 2 del artículo 71”.

“4. Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo”.

Artículo 211. Causas de resolución.

“Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo”.

Artículo 62. Responsable del contrato.

“1... los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan”.

Artículo 194. Daños y perjuicios e imposición de penalidades.

“1... Las penalidades previstas en los dos artículos anteriores se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de los mencionados pagos”.

10 RESUMEN Y CONCLUSIONES PARA LAS EMPRESAS Y ENTIDADES DE LA ECONOMÍA SOCIAL

Dedicamos el último apartado de esta guía a resumir todos los aspectos y clausulados abordados en materia de contratación pública responsable para el fomento de la contratación de las empresas y entidades de Economía Social. Y de forma paralela señalamos las referencias normativas, asociando cada medida con la Ley de Contratos del Sector Público.

Para no incurrir en una reiteración de contenidos, hemos optado por elaborar una Lista-Chequeo (o Checklist), con un aspecto gráfico que permita un rápido y sencillo visionado de todas las opciones. Nos gustaría que este listado resulte de utilidad para las empresas y entidades de Economía Social, de forma que al dirigirse a las administraciones públicas puedan identificar y señalar las cuestiones concretas que desean proponer para ser incorporadas a los pliegos.

Y desde el punto de vista de los órganos de contratación consideramos que este listado bien pudiera utilizarse como documento de control de calidad de la contratación pública responsable, permitiendo a los técnicos y técnicas de contratación contemplar y analizar todas las posibilidades, tanto en una fase de análisis previa a la redacción del pliego, como en una fase posterior de comprobación o cotejo efectivo.

Para diferenciar la efectividad de las diversas medidas, nos hemos permitido diferenciar aquellas posibilidades que garantizan, que benefician o que facilitan la contratación de las empresas y entidades de Economía Social.



CHECKLIST DE CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE

Fomento de la contratación pública de empresas y entidades de Economía Social.

Garantiza la contratación a la Economía Social Beneficia/Facilita la contratación a la Economía Social

CUESTIONES PARA CHEQUEAR	SI	NO	
1. CUESTIONES PREPARATORIAS			
1. ¿Se ha tenido en cuenta el deber de incorporación transversal y preceptiva de criterios sociales?			Art. 1.3. LCSP
2. ¿Se había planificado la contratación pública del ejercicio?			Art. 28 LCSP
3. ¿Se han realizado consultas preliminares del mercado?			Art. 115 LCSP
4. ¿Se ha descrito el objeto del contrato con criterios sociales?			Art. 99 LCSP
5. ¿Se han justificado y definido en el expediente las necesidades sociales a satisfacer?			Art. 1.1. y 28.1. LCSP
6. ¿Se ha estimado la plantilla necesaria para ejecutar el contrato y su cualificación?			Art. 100.2 LCSP
7. ¿Se ha señalado la información sobre subrogación del personal? ¿Y se contempla expresamente la subrogación del personal de Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción?			Art. 130.1 Y 130.2 LCSP
8. ¿Se prevé expresamente el pago directo a personas trabajadoras y a las empresas subcontratistas?			Art. 130.6 y D.A.51ª LCSP
2. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS			
9. ¿Se ha reducido carga administrativa y únicamente se debe presentar el documento europeo único de contratación?			Art. 141.a) LCSP
10. ¿Se han reducido o eliminado las exigencias de participación relativas a la solvencia técnica, financiera y profesional?			Art. 77 y 87 LCSP
11. ¿Se han reducido o eliminado las garantías provisional y definitiva para participar en la licitación?			Art. 106.1. y 107.1 y DA.4ª.3
12. ¿Se ha dividido el contrato en lotes y se ha limitado la participación o la adjudicación de los lotes?			Art. 99 LCSP
13. ¿Se ha reservado alguno o algunos de los lotes a Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo?			Art. 99.3, 99.4 y DA 4ª
14. ¿Se ha reservado alguno o algunos de los lotes para empresas y entidades de Economía Social?			Art. 99.4 y DA 48ª3.



3. PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO		
15. ¿Se califica la prestación como concierto?		Art. 11 LCSP
16. ¿Se ha calificado el contrato como reservado para Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción?		D.A. 4ª LCSP
17. ¿Se ha calificado el contrato como reservado para empresas y entidades de Economía Social?		D.A. 48ª LCSP
18. ¿Se utiliza el contrato menor o las invitaciones para solicitar ofertas a entidades sin ánimo de lucro, o de Economía Social?		Art. 118 LCSP
4. EL CRITERIO COSTE O PRECIO		
19. ¿Se ha señalado en el presupuesto base de licitación los costes salariales a partir del convenio laboral de referencia? ¿a partir del convenio laboral de referencia?		Art. 100.2, 101.2 y 116.4 LCSP
20. ¿Se considera solo el precio o también la rentabilidad y el coste de ciclo de vida de los productos?		Art. 145.1. y 148 LCSP
21. ¿Se ha ponderado el coste o precio por debajo del 50% del total del baremo?		Art. 146.3 LCSP
22. ¿Se utiliza una fórmula lineal y proporcionada y se ha justificado dicha fórmula en el expediente?		Art. 146.2. LCSP
23. ¿Se ha establecido como baja temeraria a las ofertas que inapliquen el convenio colectivo sectorial vigente?		Art. 149 y 201 LCSP
24. ¿Se ha establecido una puntuación mínima a la propuesta técnica?		Art. 146.3 LCSP
5. PROHIBICIONES PARA CONTRATAR		
25. ¿Se ha establecido la prohibición para contratar por incumplir la cuota del 2% de personas con discapacidad y por incumplir la obligación de disponer de un Plan de Igualdad?		Art. 71.1.d) LCSP
6. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE CARÁCTER SOCIAL		
26. Selección y adaptación de criterios:		Art. 145 LCSP
• Inserción laboral de personas con discapacidad y/o en situación o riesgo de exclusión social		
• Subcontratación de Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción.		
• Igualdad entre mujeres y hombres. Organización y cualificación de la empresa que redunde en una mejor prestación contractual.		
• Subcontratación de empresas y entidades de Economía Social.		

7. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE CARÁCTER SOCIAL			
27. Selección y adaptación de criterios:			Art. 202 LCSP
• Inserción laboral de personas con discapacidad y/o en situación o riesgo de exclusión social			
• Subcontratación de Centros Especiales de Empleo, Empresas			
• Cumplimiento cuota 2% de personas con discapacidad			
• Accesibilidad universal y diseño para todas las personas			
• Cumplimiento de convenio colectivo. Subrogación. Información sobre condiciones laborales			
• Igualdad entre mujeres y hombres.			
• Cláusula ética y de responsabilidad fiscal.			
8. SISTEMAS DE CONTROL Y VERIFICACIÓN DE LOS CRITERIOS SOCIALES			
28. ¿Se ha señalado que el/la responsable del contrato verifique los criterios sociales, informe de incumplimientos e inicie el procedimiento sancionador?			Art. 62.1. y 194.2 LCSP
29. ¿Se han calificado los criterios sociales como obligaciones contractuales esenciales?			Art. 202.3 LCSP
30. ¿Se han establecido penalidades y la posibilidad de rescisión Art. 122.3, 192.1 y del contrato en caso de incumplimiento?			Art. 122.3, 192.1 y 211 LCSP
31. ¿Se establecen verificadores de control de los criterios sociales? ¿Y el momento y la documentación a presentar por el contratista para acreditar su cumplimiento?			Art. 122.2 LCSP

Firmas de conformidad