

GUÍA DE CONTRATACIÓN SOCIALMENTE RESPONSABLE

Índice

1. INTRODUCCIÓN

2. MARCO LEGAL

3. UN NUEVO PARADIGMA

4. INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS EN LAS DIFERENTES FASES DEL PROCESO

4.1 FASE DE PLANIFICACIÓN Y DE PREPARACIÓN

4.1.1 Planificación

4.1.2 Consultas preliminares del mercado

4.1.3 Definición del objeto del contrato

4.1.4 Pliego de prescripciones técnicas

4.1.5 Especial referencia a los costes de personal

4.1.6 Prohibiciones de contratar

4.1.7 Solvencia técnica

4.2 FASE DE LICITACIÓN

4.2.1 Criterios de adjudicación

a) Novedades

b) Análisis de los artículos 145 y 146 LCSP

c) Propuestas de cláusulas

d) Malas prácticas

e) Ponderación del criterio económico

f) Ponderación de los criterios técnicos

4.2.2 Criterios de preferencia

4.3 FASE DE EJECUCIÓN

4.3.1 Condiciones especiales de ejecución

a) Planteamiento

b) Análisis del artículo 202 LCSP

4.3.2 Control y penalidades

4.3.3 Ejemplos

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público (LCSP), contiene un mandato expreso y transversal a las administraciones públicas para que la contratación administrativa sea una herramienta estratégica para favorecer determinadas políticas públicas comunes, derivadas de la Directiva 2014/24 / UE.

Esta Directiva obliga a los poderes adjudicadores a tomar las medidas necesarias para conseguir una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública. La Directiva hace especial mención en la necesidad de incluir medidas que garanticen el cumplimiento de los convenios colectivos. Estas medidas se aplicarán de conformidad con los principios básicos del Derecho de la Unión y deben garantizar la igualdad de trato y no discriminar, directa o indirectamente, los operadores económicos y los trabajadoras de otros estados miembros. Este nuevo enfoque se denomina contratación pública socialmente responsable.

Es contratación pública socialmente responsable, según la Comisión Europea, aquella que integra aspectos sociales, éticos y ambientales en los procesos y fases de la contratación pública. Implica también que en la decisión de contratar la Administración tenga en cuenta otros aspectos, además de la prestación principal, relacionados con el modo y las condiciones de producción, los materiales utilizados, las consecuencias de la producción o las condiciones laborales de las personas trabajadoras. De esta manera no sólo se satisface una necesidad, sino que también se contribuye a lograr una determinada política pública.

Los objetivos de la compra pública socialmente responsable, que el Consejo de Mallorca asume como propios, son:

- Con carácter general:
 - Fomentar las políticas públicas de responsabilidad social a través de la compra pública
 - Promover la contratación de empresas responsables
 - Incorporar de forma transversal y preceptiva en la licitación y adjudicación de contratos del interés público y las necesidades ciudadanas
 - Comprometerse con el empleo de calidad, la igualdad entre mujeres y hombres, la cohesión social y el empleo de las personas con dificultades de acceso al mercado laboral
 - Promover un empleo estable y de calidad
 - Fomentar una compra pública con criterios de comercio justo

- En materia de igualdad entre mujeres y hombres:

- Generar condiciones laborales de igualdad entre mujeres y hombres en las empresas adjudicatarias
 - Promover el acceso al empleo de las mujeres
 - Favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral
- En materia de inserción sociolaboral de personas y colectivos desfavorecidos
- Potenciar el acceso al empleo de personas en situación o riesgo de exclusión social
 - Excluir de la contratación las empresas que incumplan la obligación de contratar el 2% de personas con discapacidad
 - En materia de calidad en el empleo
 - Exigir que los licitadores y los contratistas cumplan los convenios colectivos aplicables
 - Facilitar la transparencia en la información de aspectos laborales y salariales de las personas que trabajan en las empresas adjudicatarias

2. MARCO LEGAL

En los inicios de la implantación de contratación socialmente responsable, la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, en su informe 6/2009, de 15 de abril, recordó que *"la integración de aspectos sociales en los contratos públicos deriva directamente los artículos 1.1 y 40 de la Constitución española, que proclaman el Estado social y democrático de Derecho y prescriben la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico en el marco de una política orientada a la empleo. En este sentido la contratación administrativa, a través de la inclusión de cláusulas sociales, sirve de instrumento para llevar a cabo diferentes políticas públicas, entre las que destaca el pleno empleo"*. Por lo tanto, la Constitución española, en un nivel muy general, sería la primera norma de referencia.

Más concretamente, la norma de referencia es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23 / UE y 2014/24 / UE, de 26 de febrero de 2014.

Se mantienen en vigor las disposiciones legales y reglamentarias en tanto no contradigan la nueva Ley, en concreto:

- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones públicas
- Real Decreto 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007 de contratos del Sector Público.

Aplicación subsidiaria:

- Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de les Administraciones Públicas
- Llei 40/2015, de règim jurídic del Sector Públic

3. UN NUEVO PARADIGMA

La LCSP contiene como objetivos inspiradores conseguir más transparencia y una mejor relación calidad-precio, principio fundamental que sustituye la anterior oferta económicamente más ventajosa.

Este segundo objetivo es el que fundamenta toda la regulación de la inclusión de criterios sociales y medioambientales en la licitación pública:

a) Se establece por primera vez "la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales y innovadores vinculados al objeto del contrato "(Ap. II de la Exposición de motivos LCSP).

b) Esta obligación se concreta en el artículo 1.3 LCSP: "En toda contratación pública deben incorporarse de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que tengan 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. También se ha de facilitar el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social".

c) Se ordena que los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben incluir, entre otras cuestiones, "las consideraciones sociales, laborales y ambientales que se establezcan como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución ... "(art. 122 LCSP) como obligación transversal a todos los tipos contractuales y todos los procedimientos de licitación.

Se supera la limitación establecida hasta ahora que la vinculación de los criterios sociales debía ser directa con el objeto del contrato. A partir de ahora, el modelo es que se entiende vinculado al objeto del contrato cualquier criterio que se refiera o integre las prestaciones que deban llevarse a cabo en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida.

4. INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCESO

La incorporación de cláusulas de contratación socialmente responsable debe cumplir con los principios fundamentales de la contratación: principio de concurrencia, libertad de acceso, de publicidad, de transparencia, de no discriminación y de igualdad de trato.

Debe existir una vinculación entre la cláusula y el objeto del contrato en los términos que plantea el nuevo paradigma de relación calidad-precio, que puede darse en cualquiera de los aspectos y en cualquiera de las fases del contrato.

Tiene que haber una proporcionalidad entre la cláusula, el objeto del contrato, el sector de actividad, la finalidad, el contenido y la duración del contrato y el precio.

El órgano de contratación tiene que seleccionar las cláusulas de contratación socialmente responsable más adecuadas al contrato y la fase en que es más conveniente incluirlas. Esto implica hacer una evaluación previa y tener en cuenta el coste que pueda suponer en el presupuesto de licitación.

Todas las licitaciones del Consejo de Mallorca y de sus organismos autónomos deben incluir una o más cláusulas de contratación socialmente responsable. Cuando sea absolutamente imposible hacerlo, el órgano gestor impulsor de la contratación debe informar de los motivos por los que no se puede hacer.

4.1 FASE DE PLANIFICACIÓN Y DE PREPARACIÓN

4.1.1 Planificación

Antes del último trimestre de cada ejercicio, los departamentos deben haber identificado los contratos que se deben licitar en el ejercicio siguiente de manera que durante el último trimestre puedan analizar su contenido y las características, conjuntamente con la Oficina de Responsabilidad Social, y definir las consideraciones sociales o medioambientales más adecuados.

En caso de que a lo largo del año surjan necesidades nuevas de contratación, esta planificación y estudio de las consideraciones sociales y medioambientales más adecuados se hará conjuntamente en el momento previo a la elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas.

4.1.2 Consultas preliminares del mercado

En las materias objeto de esta guía, el procedimiento regulado en el artículo 115 LCSP sirve para:

- Fijar los criterios de solvencia o de adjudicación y la incidencia en la baremación para identificar la mejor oferta.

- Conocer si el contrato que se propone licitar, o su objeto, o uno similar, ya existe en el mercado.
- Configurar adecuadamente la definición de las prestaciones para adecuar mejor las consideraciones sociales y medioambientales aplicables.
- Asegurarse, especialmente si se trata de un contrato innovador o que se licita por primera vez, que hay operadores en el mercado.
- Mejorar la relación calidad-precio.

Pregunta: ¿Hay contradicciones entre este artículo y el artículo 70 LCSP sobre condiciones especiales de compatibilidad y participación posterior en la licitación?

Respuesta: No, siempre que se tomen todas las medidas necesarias para no falsear la competencia.

Por lo tanto:

- el objeto del contrato no debe definirse en términos tan concretos que las características correspondan sólo a uno de los consultados
- los resultados se deben concretar en características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas
- no debe suponer ningún tipo de ventaja en la adjudicación

4.1.3 Definición del objeto del contrato

En los contratos del sector público se puede incluir cualquier pacto, cláusula y condición, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración (art. 34.1 LCSP).

El objeto del contrato debe ser determinado. Este objeto se puede definir según las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer (Art. 99 LCSP).

Para definir de una manera más social cualquier obra, servicio o suministro que el Consejo de Mallorca quiera licitar es necesario:

- Definir el objeto contractual con criterios sociales.
- Estimar el personal necesario y su calificación.
- Calcular el precio de conformidad con los costes laborales e indicar el convenio colectivo o las condiciones laborales que se aplicarán a la plantilla.
- Hacer consultas preliminares.
- Elaborar los pliegos con la colaboración de otros departamentos, áreas o servicios (igualdad, economía, medio ambiente, servicios sociales, etc.).
- Incorporar medidas que favorezcan las pequeñas y medianas empresas.
- Dividir los contratos en lotes y reservar su a centros especiales de empleo, empresas de inserción o de economía social.

- Evaluar la idoneidad del contrato para políticas de género, de inserción o de calidad en el empleo, o de la combinación de todas o algunas de ellas.
- Prever los sistemas de control, de seguimiento, de verificación y de penalización.

Adicionalmente, se debe valorar la posibilidad que ofrece el artículo 99 LCSP dejar sin cerrar el objeto del contrato a una solución única y que este artículo considera especialmente adecuado *"en los contratos en que se considere que se pueden incorporar innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten. "*

Hay que tener siempre presente que la regulación de la relación de las consideraciones sociales y medioambientales y la vinculación directa con el objeto del contrato que hace la LCSP permite superar las interpretaciones restrictivas hechas por los diferentes tribunales de recursos contractuales y juntas consultivas de contratación. El artículo 145.6 LCSP transpone literalmente la redacción de la Directiva 2014/24 / UE, que recogía la jurisprudencia comunitaria en esta materia.

La regla sobre la que se basa el nuevo modelo es que "se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban efectuarse 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 procesos siguientes:

- a) en el proceso específico de producción, prestación, comercialización, 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 los factores mencionados no formen parte de la sustancia material.

Por lo tanto, ya no es necesario jurídicamente que esta consideración social o medioambiental aparezca de forma expresa en el contrato.

PROPUESTA: A efectos prácticos y de justificación de la necesidad de la contratación, se recomienda añadir a la memoria justificativa un punto que haga referencia a las prioridades, objetivos, mandatos que tiene el Consejo de Mallorca en relación a la temática en que se haya decidido incidir (igualdad de mujeres y hombres, inserción laboral, calidad en el empleo, etc.).

Pregunta: ¿Qué pasa con la exigencia de referenciar el objeto del contrato al vocabulario común de contratos públicos (CPV)?

Respuesta: De acuerdo con el Informe 16/2015 de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, "nada impide una precisión social del objeto del contrato,

dado que haciéndolo no queda afectada la regla de transparencia pretendida por CPV . La concreción social no desnaturaliza ni esconde el objeto principal de la prestación, ni implica una barrera de entrada contraria a la función del CPV. La fijación del código CPV cumplirá la obligación de facilitar el conocimiento de la licitación, y el operador interesado que haya localizado la licitación para búsqueda CPV podrá comprobar fácilmente la existencia de este perfil social del objeto y, en función de este, decidirá si presenta o no su oferta ".

Pregunta: ¿Se pueden introducir consideraciones sociales o medioambientales en los contratos menores?

Respuesta: Sí. Aunque no es preceptiva la elaboración de pliegos de prescripciones técnicas ni de cláusulas administrativas, el expediente de contrato menor debe contener una memoria que fije el objeto, las condiciones y las especificaciones técnicas. Este documento debe prever la existencia de alguna consideración social o medioambiental. En caso de que no sea posible, se ha de argumentar la excepcionalidad.

4.1.4 Pliego de prescripciones técnicas:

A) CRITERIOS GENERALES.

El artículo 124 LCSP recuerda que es en el pliego de prescripciones técnicas particulares donde se deben definir "las cualidades, las condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la ley ...".

De acuerdo con el artículo 125 LCSP, son también prescripciones o especificaciones técnicas:

a) en el contrato de obras, "los procedimientos de aseguramiento de la calidad, el impacto social, laboral, ambiental y climático de los materiales, productos o actividades mencionados que se desarrollen durante su elaboración o utilización, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad universal y el diseño universal o diseño para todas las personas) "

b) en los contratos de suministro y servicios: las que definen las características exigidas, tales como "los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad universal y el diseño universal o diseño para todas las personas) ".

Una vez que se ha decidido el objeto del contrato, el órgano gestor tiene libertad para definir las especificaciones técnicas (siempre respetando el principio de no discriminación). Si el objeto del contrato se define con criterios sociales o

medioambientales, el pliego de prescripciones técnicas es el documento clave. Al igual que se definen todo el resto de prestaciones que se exigirán a la empresa adjudicataria, se deben definir con la misma concreción las sociales y las medioambientales.

B) ACCESIBILIDAD Y DISEÑO UNIVERSAL

Cualquier contratación que esté destinada a ser utilizada por personas físicas (tanto público en general como personal del Consejo de Mallorca y organismos autónomos) se redactará teniendo en cuenta:

- la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de las personas con discapacidad. El artículo 9 de la Convención regula las medidas que deben adoptar los Estados miembros para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, ya otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como en rurales.

- los criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, en los términos de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre), que transpone al ordenamiento jurídico español los derechos que regula la Convención de las Naciones Unidas.

El diseño universal o diseño inclusivo es un paradigma del diseño que dirige sus acciones al desarrollo de productos y entornos de fácil acceso para el mayor número de personas posible, sin la necesidad de adaptarlos o rediseñarlos de una forma especial .

Hay que tener presente que ambos conceptos se refieren tanto a criterios físicos (por ejemplo, eliminación de barreras arquitectónicas) como funcionales (por ejemplo, webs accesibles a personas con discapacidades auditivas o visuales) y que se han de entender como una oportunidad para mejorar las condiciones de vida del conjunto de toda la población (personas mayores, personas con movilidad reducida, personas con discapacidad física, motora, sensorial, intelectual y mental) para eliminar las barreras a las actividades cotidianas vinculadas al transporte, y al sistema de movilidad, en el entorno urbano o en sus edificios y equipamientos, a las TIC y a las actividades culturales y de ocio.

PROPUESTA: El órgano gestor, en función del objeto del contrato, debe decidir si exige que las empresas licitadoras de servicios a personas o que deban tener instalaciones abiertas al público en la prestación de un servicio titularidad del Consejo de Mallorca sean accesibles o apliquen criterios de diseño universal, ya sea

en las prescripciones técnicas o como condición especial de ejecución, o si lo valora como criterio de adjudicación.

C) MEDIO AMBIENTE

Siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, la LCSP remite a los criterios de sostenibilidad y protección ambiental de los artículos 3 y 4 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, norma que está derogada y ha sido sustituida por el Real decreto legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación. Las remisiones entenderán hechas a este Real Decreto Legislativo.

Esta Ley tiene por objeto evitar o, cuando ello no sea posible, reducir y controlar la contaminación de la atmósfera, del agua y del suelo mediante el establecimiento de un sistema de prevención y control integrados de la contaminación, con la finalidad de conseguir una protección elevada del medio ambiente en su conjunto.

Regula la denominada Autorización ambiental integrada, que define como "la resolución escrita del órgano competente de la comunidad autónoma en que se ubique la instalación, por la que se permite, a efectos de la protección del medio ambiente y de la salud de las personas, explotar la totalidad o parte de una instalación, en determinadas condiciones destinadas a garantizar que la misma cumple el objeto y las disposiciones de esta Ley".

PROPUESTA: En aquellas instalaciones en que sea obligatorio disponer de la autorización ambiental integrada, exigirla para poder presentarse a las licitaciones. Cuando no sea obligatoria, considerar alguna de las características que se exigen para obtenerla como referencia para definir las prescripciones técnicas, incluirlas como condiciones especiales de ejecución o valorarlas como criterios de adjudicación.

El RDL 1/2016 hace el siguiente listado de cuestiones a tener en cuenta para obtener la autorización ambiental integrada, respecto del funcionamiento de las instalaciones:

- a) Que se adopten las medidas adecuadas para prevenir la contaminación, particularmente mediante la aplicación de las mejores técnicas disponibles.
- b) Que se fomente la prevención en la generación de los residuos o, en su caso, que estos se gestionen con el orden de prioridad que dispone la jerarquía establecida en el artículo 8 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, a saber: prevención, preparación para la reutilización, reciclaje y otros tipos de valorización, incluida la valorización energética. En caso de que tampoco sea factible la aplicación de los procedimientos mencionados, por razones técnicas o

económicas, los residuos se eliminan de manera que se evite o se reduzca al máximo su repercusión en el medio ambiente.

c) Que se utilice la energía, el agua, las materias primas y otros recursos de manera eficiente.

d) Que se adopten las medidas necesarias para prevenir los accidentes graves y limitar sus consecuencias en la salud de las personas y el medio ambiente, de acuerdo con la normativa aplicable.

e) Que se establezcan las medidas necesarias para evitar cualquier riesgo de contaminación cuando cese la explotación de la instalación y que el lugar donde se ubique quede en un estado satisfactorio de acuerdo con la normativa aplicable.

D) ETIQUETAS

Para facilitar la introducción en un contrato consideraciones sociales o medioambientales, el artículo 127 LCSP regula expresamente las etiquetas sociales y ecológicas y las considera como medio de prueba objetivo y verificable, que garantiza la libre competencia, la igualdad de trato y la no discriminación en el procedimiento de licitación.

Pueden introducirse en las especificaciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, si bien por la incidencia que tienen en la determinación de un objeto social o medioambiental y porque la propia LCSP las introduce bajo el epígrafe Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, las introducimos en este punto.

La posibilidad de exigir etiquetas está avalada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TUE), como en la sentencia de 10 de mayo de 2012, en el asunto C-368/10. La redacción del artículo 127 LCSP es reflejo de esta jurisprudencia.

Las principales etiquetas existentes están 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 del Trabajo.

Sin embargo, los órganos de contratación no pueden exigir una etiqueta específica, sino que deben admitir cualquier otra etiqueta, o productos o servicios que no la tengan, siempre que sus características medioambientales y las condiciones en que han sido producidos y adquiridos sean equivalentes a los requisitos fijados por el poder adjudicador.

PROPUESTA:

- Examinar los subcriterios de las etiquetas o certificaciones y utilizar como especificaciones técnicas aquellos que estén vinculados al objeto del contrato y no

hacer una copia íntegra de todas las especificaciones técnicas de la etiqueta o de la certificación.

- Tener en cuenta el tipo y el tamaño de las empresas potencialmente licitadoras de forma que las exigencias técnicas no supongan una discriminación de facto para las pequeñas y medianas empresas.

Relación, a título no exhaustivo, de etiquetas y certificaciones existentes:

- Comercio justo: Asociación Internacional de Comercio Justo (WFTO); Fairtrade.
- Igualdad entre mujeres y hombres: Igualdad en la Empresa, marca de excelencia que concede el Ministerio competente en materia de Igualdad.
- Discapacidad: sello Bequal.
- Responsabilidad social: Certificación SA 8000; Certificación OHSAS 18001; Certificación ISO 26000; Certificación TCO; Certificación SGE21.
- Producción ecológica y / o sostenible: Sello Agricultura Ecológica; Sello Producción Ecológica; Ecolabel; PEFC; FSC; Cisne Blanco; Ángel Azul.
- Gestión medioambiental: EMAS.
- Eficiencia energética: Etiqueta energética A a G; Energy Star.

Pregunta: Pueden incluirse en las especificaciones técnicas las condiciones laborales de los trabajadores que participan en el proceso de producción, por ejemplo un salario mínimo o unas condiciones de trabajo dignas?

Respuesta: No. En determinados casos pueden ser considerados criterios de adjudicación y en general, condiciones de ejecución del contrato.

4.1.5 Especial referencia a los costes de personal

El artículo 122.2 LCSP introduce una de las novedades más relevantes a los efectos de aplicación de esta guía. "Los pliegos de cláusulas administrativas deben incluir (...) la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores de conformidad con el convenio colectivo sectorial aplicable".

Para que esto sea posible, "en los contratos en los que el coste de los salarios de las personas ocupadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación debe indicar de forma desglosada y con desagregación de género y de categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia "(art. 100 LCSP). Esta obligación de tener en cuenta los costes salariales se repite en los artículos que definen el valor estimado del contrato (artículo 101.2 LCSP) y el precio (artículo 102.3 LCSP).

A efectos prácticos, esta obligación supone que:

- Las memorias económicas o informes de precios que justifican el presupuesto base de licitación, el valor estimado y el precio deben desglosar, con desagregación de género y de categoría profesional, los costes salariales en base al convenio colectivo sectorial aplicable en el territorio.
- A falta de convenio colectivo sectorial aplicable se deberá hacer referencia al convenio colectivo laboral de referencia. Será conveniente en este caso hacer una consulta al sector de actividad que corresponda para obtener la información adecuada y elaborar los informes económicos y adecuar el valor estimado del contrato a los salarios vigentes.
- Tener los costes laborales desglosados servirá para valorar la admisión o no de una oferta anormalmente baja (artículo 149.4 en relación con el artículo 201 LCSP) si se da el caso. Este punto se desarrolla más ampliamente en el punto 4.2.1 e) de esta guía.
- Permitirá al órgano gestor valorar la posibilidad de incluir como condición especial de ejecución la obligación de pagar el salario mínimo que corresponda por convenio colectivo y facilitará el seguimiento. Este punto se desarrolla más ampliamente al 4.3 correspondiente a las condiciones especiales de ejecución.

4.1.6 Prohibiciones de contratar

El artículo 71 LCSP fija el catálogo de causas que impiden contratar con el Sector Público, que no pueden ser ni modificadas ni ampliadas por el Consejo de Mallorca,

A los efectos de esta guía, interesa centrarnos en las siguientes prohibiciones dado que, de acuerdo con el artículo 72 LCSP, son prohibiciones que debe apreciar directamente el órgano de contratación y subsistirán mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan.

a) Prohibición de contratar con empresas de 50 o más trabajadores que no cumplan el requisito de que al menos el 2% de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de acuerdo 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 determine el reglamento.

El cálculo de la cuota del 2% se realizará de conformidad a la disposición adicional 1ª del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, que desarrolla la Ley 13/1982.

b) Prohibición de contratar con empresas de más de 250 trabajadores que no cumplan con la obligación de disponer de un plan de igualdad de conformidad con

lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En ambos casos, los órganos de contratación del Consejo de Mallorca comprobarán que la empresa propuesta como adjudicataria ha presentado la correspondiente declaración responsable sobre el cumplimiento de estas obligaciones. A efectos de comprobar el efectivo cumplimiento de estas obligaciones se propone incluir en el pliego de cláusulas administrativas generales la redacción:

PROPUESTA

La recomendación es redactar una cláusula en los pliegos de cláusulas administrativas generales.

1. Podrán contratar las personas físicas o jurídicas que no se encuentren en ninguna de las prohibiciones para contratar del artículo 71 de la LCSP.

2. Todas las empresas licitadoras deberán presentar una declaración responsable en la que manifiesten que no se encuentran en ninguna de las mencionadas prohibiciones para contratar, y de manera expresa deben indicar:

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

3. Una vez adjudicado el contrato, y antes de la formalización, se requerirá a la empresa adjudicataria para que acredite el cumplimiento de estas obligaciones

4.1.7 Solvencia técnica

Los pliegos de cláusulas administrativas deben determinar el nivel mínimo de solvencia económica y técnica que se considera suficiente para ejecutar el contrato y deben concretar las condiciones mínimas que deben acreditar los licitadores y el instrumento concreto para hacerlo.

En concreto, "los pliegos de cláusulas administrativas deben incluir (...) las consideraciones sociales, laborales y ambientales que se establezcan como criterios de solvencia (...)" (artículo 122.2 LCSP).

Si el objeto del contrato y las prescripciones técnicas se han definido con perspectiva social o medioambiental, se debe exigir y comprobar que las empresas licitadoras

acrediten una solvencia más específica, sin que en ningún caso resulte discriminatoria.

Cuestiones a tener en cuenta:

a) En contratos de obras (artículo 88.1 d) y servicios (artículo 90.1 f): "En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión ambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato".

b) En contratos de suministro (artículo 89.1 g): "Indicación de los sistemas de gestión de la cadena de suministro, incluidos los que garanticen el cumplimiento de las convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, y de seguimiento que el empresario puede aplicar al ejecutar el contrato".

c) Artículos 93 y 94 LCSP sobre la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de calidad y de las normas de gestión medioambiental.

Pregunta: ¿Se puede exigir un requisito que exceda lo que se requiere para normativa?

Respuesta: No. Sería nulo de pleno derecho. Sólo se pueden exigir los requisitos mínimos que establece la normativa que corresponda. Sí se pueden valorar como criterios de adjudicación.

EJEMPLO:

PREMIOS. De acuerdo con la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) 531/2017,

"(...) los premios o reconocimientos obtenidos por la empresa que va a licitar pone de manifiesto su capacidad técnica y por lo tanto se puede establecer como criterio para acreditar la solvencia pero no como criterio de adjudicación".

4.2. FASE DE LICITACIÓN

4.2.1 Criterios de adjudicación

a) Novedades

El artículo 145 LCSP introduce algunas novedades, como resultado del nuevo paradigma de valoración de ofertas en función de la relación calidad-precio explicado en el punto 3 de este documento.

El Considerando 92 de la Directiva 24/2014 / UE es el punto de referencia sobre el que se basa este nuevo modelo.

"Al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto. Estos criterios deben permitir, por tanto, efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas. A tal efecto, y en el contexto de la mejor relación calidad-precio, la Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación con el fin de permitir a los poderes adjudicadores obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan de la mejor manera posible a sus necesidades. Dentro de este catálogo se incluye expresamente una mención a las consideraciones sociales y medioambientales (...)".

La nueva redacción del artículo 145 LCSP, en relación al artículo 1.3, determina la plena legalidad de la inclusión de criterios sociales y medioambientales como criterios de adjudicación y debe permitir superar las interpretaciones restrictivas que hasta ahora habían hecho las juntas consultivas y los tribunales de recursos contractuales, sobre la relación de los criterios sociales con el objeto del contrato.

Las novedades introducidas son:

- Se señala un listado amplio y abierto de temáticas y aspectos concretos que pueden ser incluidos entre los criterios de adjudicación y, por tanto, pueden ser valorados. Se eliminan las restricciones de la anterior redacción, que exigía que estuvieran vinculados a necesidades propias de los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar.
- Se debe entender que la vinculación directa debe ser con la prestación contractual en sentido amplio, no con el objeto del contrato. Para evitar diferentes interpretaciones, el artículo 145.6 LCSP define cuando se entiende que un criterio de adjudicación está directamente vinculado al objeto del contrato. Pueden referirse a cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, y lo amplía a todo el proceso específico de producción, prestación o comercialización ya otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando los factores mencionados no formen parte de su sustancia material.
- No es necesario justificar que los criterios sociales supongan una mejor oferta en términos de precio, dado que se ha superado el concepto de oferta económicamente mas ventajosa por el de mejor relación calidad-precio.

El Considerando 97 y siguientes de la Directiva 2014/24 / UE incluyen ejemplos que pueden ayudar a hacer una mejor aplicación práctica de este punto:

- Que en la fabricación de los productos no se hayan utilizado productos químicos tóxicos.
- Que los servicios se presten utilizando máquinas eficientes desde el punto de vista energético.
- Que los productos sean de comercio justo, incluyendo el requisito de pagar un precio mínimo y una prima a los productores.
- Medidas dirigidas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción
- Medidas dirigidas a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato, por ejemplo, empleo de personas desempleadas de larga duración
- Ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate, por ejemplo, formación para personas en paro o jóvenes

Muchos de estos criterios podrán ser también condiciones especiales y se deberán valorar caso a caso.

b) Análisis de los artículos 145 y 146 LCSP

1) Regla general: Pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad-precio. Previa justificación: mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, de acuerdo con el artículo 148 LCSP.

2) La mejor relación calidad-precio se evaluará conforme a criterios económicos y cualitativos. El artículo 145.2 define qué elementos pueden ser considerados criterios cualitativos y se puede utilizar como catálogo de criterios a seleccionar en función del servicio, obra o suministro que se quiera contratar.

Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio pueden incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que pueden ser, entre otros, los siguientes:

A) La calidad, que incluye:

- el valor técnico
- las características estéticas y funcionales
- la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias

B) Las características medioambientales, que podrán referirse, entre otros, a:

- la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero
- el uso de medidas de ahorro y eficiencia energética

- la utilización de energía procedente de fuentes renovables durante la ejecución del contrato
- el mantenimiento o la mejora de los recursos naturales que se puedan ver afectados por la ejecución del contrato.

C) Las características sociales del contrato que se refieren, entre otros, a:

- el 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
- 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
- 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 más 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 en la prestación contractual
- los criterios referidos al suministro o la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.
- la organización, calificación y experiencia del personal adscrito al contrato que éste haya de ejecutar, siempre que la calidad del personal mencionado pueda afectar de manera significativa su mejor ejecución.

D) La comercialización y sus condiciones, que incluye:

- el servicio postventa y la asistencia técnica
- condiciones de entrega, como la fecha en que se ha de producir, el proceso de entrega, -el plazo de entrega o ejecución
- los compromisos relativos a repuestos y seguridad del suministro

3) La regla general es la aplicación de más de un criterio de adjudicación que, en algunos casos, es preceptivo. Cuando sólo se utilice uno, debe estar relacionado con los costes, ya sea precio o un criterio basado en la rentabilidad.

4) Con respecto a la utilización de criterios objetivos y subjetivos y su valoración y ponderación, la redacción actual no introduce novedades destacables. Hay que recordar, a los efectos de la aplicación de esta guía, que criterios de calidad pueden ser considerados criterios objetivos siempre que sean evaluables mediante fórmulas

PROPUESTA: Redactar los criterios de adjudicación referidos a circunstancias sociales o medioambientales de forma que puedan ser valorados de forma matemática y no sea necesario tener determinados conocimientos técnicos para otorgarles la puntuación. De esta manera no será necesario que sea el precio el único criterio objetivo y se podrá repartir la ponderación de los criterios objetivos entre más criterios. Sólo cuando el órgano gestor considere que es imposible valorarlos mediante cifras o porcentajes se incluirán como criterios subjetivos y se les atribuirá una puntuación inferior al 50%, y en caso de ser superior, se optará por la solución del comité de expertos.

COMO HACERLO

- 1º Elegir el bloque o bloques temáticos más adecuados al objeto del contrato: inserción laboral, género, economía social, medio ambiente.
- 2º Seleccionar los criterios y subcriterios los más adecuados al objeto contractual y en las características del contrato.
- 3º Asignar una puntuación o ponderación específica a cada criterio o subcriterio.
- 4º Adaptar las escalas a las características.
- 5º Puntuar mediante la aplicación de fórmulas para hacerlos criterios objetivos.

c) Propuestas de cláusulas

Antes de decidir qué criterios de adjudicación sociales y medioambientales son los más idóneos en el contrato que se licita se debe tener en cuenta que la selección de los criterios, la ponderación asignada y las escalas concretas se definirán tras analizar el valor estimado, las características, el plazo de ejecución, las ofertas de mercado, el nivel de responsabilidad social del sector a contratar y el número y cualificación necesaria del personal que ejecutará el contrato.

Es más conveniente elegir sólo una, que realmente mejore la relación calidad-precio y que sea fácilmente evaluable, que intentó introducir tantas que haga inviable el seguimiento y la evaluación.

Debe considerarse siempre la posibilidad de que los criterios de adjudicación sean un plus de alguna de las condiciones especiales de ejecución que se hayan introducido.

d) Malas prácticas

De las resoluciones e informes de los tribunales contractuales y de las juntas consultivas se puede extraer un catálogo de criterios que no se pueden tener en cuenta. El cambio de normativa ha permitido eliminar algunas de las reservas expuestas por estos órganos pero estos que se incluyen a continuación se mantienen como malas prácticas.

- El origen territorial de una empresa.
 - La repercusión de los beneficios derivados del contrato o la tributación en un territorio concreto.
 - El arraigo territorial, salvo los casos en que se justifique adecuadamente que mejora la relación calidad-precio que el adjudicatario disponga de sede o delegación en la isla.
 - La contratación de personas en búsqueda de empleo inscritas en una oficina concreta o en un territorio concreto.
- La exigencia de una determinada conducta fiscal (no tributación en paraísos fiscales).

El Considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE expresamente señala que no se consideran criterios directamente vinculados al objeto del contrato todos aquellos relativos a una política general de responsabilidad corporativa, ya que no son factores que caractericen los proceso específico de producción o de prestación. Por lo tanto, los poder adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa.

En cualquier caso, la vinculación de los criterios sociales y medioambientales con el objeto del contrato en la forma amplia definida en la nueva LCSP se debe estudiar caso a caso y se debe justificar adecuadamente en el expediente. La doctrina y jurisprudencia anteriores a la entrada en vigor de esta Ley han quedado obsoletas y se deberán seguir las resoluciones que hagan tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como los tribunales y juntas consultivas a medida que se vayan pronunciando sobre el nuevo paradigma basado en la mejor relación calidad-precio.

e) Ponderación del criterio económico

La estimación del coste del contrato y su ponderación puede tener una incidencia importante en la consideración social de un contrato en aspectos relacionados con la calidad del empleo, las condiciones laborales o el valor social añadido, sin olvidar que del precio de licitación también dependen la calidad técnica de la ejecución y los posible perjuicios que puede causar al interés público la selección de una oferta inadecuada o una incorrecta ejecución del contrato.

El órgano gestor debe velar para que los contratos que tengan un marcado contenido social o medioambiental no queden desvirtuados por una sobrevaloración del criterio económico o por la aceptación de ofertas anormalmente bajas que no cubran los costes salariales.

El paso previo para evitar estas disfunciones es establecer un precio ajustado. Por ello, la LCSP permite utilizar 3 procedimientos:

a) El precio propiamente dicho, sin entrar a valorar ningún otro aspecto. Este procedimiento debería ser el menos frecuente, reservado a los casos en que el órgano gestor no tiene mucho libertad para definirlo. Por ejemplo, precios tasados.

b) La relación coste-eficacia. Se pueden añadir a la valoración cuestiones como la rentabilidad o la vida útil.

c) El cálculo del coste de vida de un producto. De acuerdo con el artículo 148 LCSP, se entienden comprendidos dentro del ciclo de vida de un producto, obra o servicio "todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso:

- la investigación y el desarrollo que se tenga que llevar a cabo
- la fabricación o producción
- la comercialización y las condiciones en que ésta 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.

A efectos de una contratación socialmente responsable, este es el procedimiento más efectivo para lograr resultados en la implantación de políticas de compra sostenible y responsable.

PROPUESTA:

En el momento de determinar el criterio económico el órgano gestor debe tener en cuenta las siguientes cuestiones:

1) Ponderación del criterio económico. No hay ninguna obligación de que sea el criterio de mayor puntuación. Esta guía no puede establecer ni unos mínimos ni unos máximos, dado que dependerá de cada licitación, si bien se recomienda al órgano gestor que dé más valor a criterios cuantitativos y no fomente ofertas que rebajen excesivamente el precio. Una vez que se ha definido el presupuesto de licitación, no tiene sentido esperar bajas para favorecer un ahorro a la Administración, ya que se debe entender que el presupuesto de licitación establecido es el adecuado para el servicio, obra o suministro que se quiere adquirir.

2) Establecimiento de fórmulas de aplicación individualizada a cada licitación y no fórmulas genéricas. El artículo 146.3 sólo exige que la elección de las fórmulas se justificará en el expediente, pero no impone ninguna regla. La recomendación es hacer un estudio de la fórmula más adecuada o aplicar factores correctores que

impidan que la valoración de ofertas no mantenga la proporción entre las ofertas y los puntos a repartir.

3) Incorporación de los costes laborales. Como ya se ha dicho en otros apartados, debe constar en el expediente la incorporación de los costes laborales al valor estimado del contrato y el precio de licitación, de acuerdo con el convenio laboral sectorial, si lo hay, o de acuerdo con el convenio laboral de referencia. Se recomienda establecer cláusulas específicas que limiten e incluso prohíban bajas sobre este concepto en las ofertas de las empresas licitadoras.

4) Valoración de las ofertas anormalmente bajas. En aplicación del artículo 149 LCSP, que obliga a establecer los parámetros objetivos para identificar ofertas anormalmente bajas cuando se utilice una pluralidad de criterios, las recomendaciones son:

- Establecer los pliegos un umbral por encima del cual una baja será considerada anormal.
- Establecer expresamente a los pliegos que en caso de que una oferta sea considerada anormalmente baja, el órgano de contratación pedirá justificación sobre el respeto de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación.
- Establecer expresamente en los pliegos que no serán justificables los precios por debajo de mercado o que incumplan las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral del artículo 201 LCSP.

f) Ponderación de los criterios técnicos

La valoración de la oferta técnica no debe ser necesariamente un criterio subjetivo. Todos aquellos extremos que puedan ser valorados mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos son considerados criterios objetivos. Las recomendaciones son:

- Establecer un procedimiento de puntuación por fases y un umbral mínimo de puntuación de la oferta técnica, de manera que un licitador que no puntúe por encima de este mínimo no pasa a la siguiente fase.
- Aplicar fórmulas a la valoración de la oferta del proyecto técnico. De este modo queda completamente equiparada a la valoración de la oferta económica. Si a la mejor oferta económica se le da la máxima puntuación y al resto se les aplica la fórmula, igualmente a la mejor oferta técnica se le puede aplicar la mayor puntuación y al resto la fórmula, para mantener la proporcionalidad.

4.2.2 Criterios de preferencia

A pesar de que la aplicación de estos criterios tiene muy poca incidencia ya que sólo se pueden aplicar en caso de empate de dos o más ofertas, cabe destacar que la nueva LCSP los define con mayor concreción que la norma anterior y los incluye dentro el articulado y no como disposición adicional.

El artículo 147 LCSP da al órgano de contratación la posibilidad de decidir en los pliegos qué criterio aplicar, en función del objeto del contrato. En caso de que el órgano de contratación no lo haga, el punto 2 establece un orden de prelación determinado.

La recomendación es que el órgano gestor determine en los pliegos el criterio de desempate más adecuado para cada contrato, en función de su objeto y de las finalidades sociales que se hayan considerado a la hora de definirlo.

El artículo 24 de la Ley 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres, aplicable a todas las administraciones públicas de las Islas Baleares, obliga a los órganos de contratación a establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia de la adjudicación de los contratos para las proposiciones que presenten las empresas que dispongan del visado previsto en el artículo 40.5 de esta ley o del distintivo empresarial, o bien la acreditación equivalente en materia de igualdad, expedido por el órgano competente estatal o autonómico. Esta preferencia en la adjudicación se aplicará siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirven de base a la adjudicación.

El visado a que se refiere este artículo requiere un desarrollo reglamentario que no se ha producido y, por tanto, no se puede exigir. Con respecto al distintivo empresarial, está desarrollado mediante el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo "Igualdad en la Empresa".

4.3 FASE DE EJECUCIÓN

4.3.1 Condiciones especiales de ejecución

a) Planteamiento

Las condiciones especiales de ejecución son requisitos específicos respecto de la ejecución del contrato que no inciden en la evaluación de las ofertas sino que inciden en la forma concreta de llevar a cabo la prestación, independientemente de quién sea el adjudicatario.

El artículo 18.2 de la Directiva 24/2014/UE es la base legal para incorporar condiciones especiales de ejecución a las licitaciones públicas. Este artículo

establece como uno de los principios básicos de la contratación pública que "los estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral".

Este artículo está transpuesto casi literalmente a través del artículo 201 LCSP. Además, este artículo expresamente remite al listado de convenios internacionales en el ámbito social y medioambiental del Anexo V que, especialmente, son de obligado cumplimiento.

- Convenio OIT núm. 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación
- Convenio OIT núm. 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva
- Convenio OIT núm. 29, sobre el trabajo forzoso
- Convenio OIT núm. 105, sobre la abolición del trabajo forzoso
- Convenio OIT núm. 138, sobre la edad mínima
- Convenio OIT núm. 111, sobre la discriminación (empleo)
- Convenio OIT núm. 100, sobre igualdad de remuneración
- Convenio OIT núm. 182, sobre las peores formas de trabajo infantil
- Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono y su Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono
- Convenio de Basilea para el control de la eliminación y el transporte fronterizo de residuos peligrosos
- Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes
- Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional y sus tres protocolos regionales.

La incorporación de condiciones especiales de ejecución debe ir unida al imposición de penalidades en caso de incumplimiento, aspecto que se desarrollará en el apartado siguiente.

Las condiciones especiales de ejecución ya vienen reguladas en el Texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público. Las novedades que incorpora el nuevo texto legal son dos: una, como consecuencia de la ampliación del concepto de vinculación con el objeto del contrato, tal como ya se ha expuesto en el punto 3, un nuevo paradigma, y en el punto 4.1.3. La otra novedad es que la LCSP exige que haya al menos una condición especial de ejecución en todas las licitaciones.

b) Análisis del artículo 202 LCSP

Deben cumplir todos los requisitos siguientes:

- deben estar vinculadas con el objeto del contrato, en el sentido amplio ya expuesto
- no pueden ser directa o indirectamente discriminatorias
- deben ser compatible con el derecho comunitario
- deben figurar en el anuncio de licitación y los pliegos
- pueden referirse a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo sociales

El artículo 202.2 LCSP hace una relación a título no exhaustivo de las consideraciones que se pueden tener en cuenta.

De tipo medioambiental:

- la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero
- el mantenimiento o la mejora de los valores medioambientales que se puedan ver afectados por la ejecución del contrato
- una gestión más sostenible del agua
- el fomento del uso de las energías renovables
- la promoción del reciclaje de productos
- el uso de envases reutilizables
- el impulso de la entrega de productos a granel
- la producción ecológica

De tipo social:

- 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 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 una 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, lo que afecta a las mujeres y el de larga duración
- favorecer la formación en el puesto de trabajo
- garantizar la seguridad y la protección de la salud en el puesto 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
- 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 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 transparencia y trazabilidad más grandes de toda la cadena comercial (comercio justo)

Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato son exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen en su ejecución

PREGUNTA: ¿Se pueden exigir como condición especial de ejecución actuaciones concretas que no exijan o que superen las requeridas por la normativa que sea de aplicación?

RESPUESTA: Sí. Por la propia naturaleza de las condiciones especiales, las obligaciones que se exigen deben ser superiores a las impuestas directamente por la normativa de aplicación. La Junta Consultiva de Contratación de Aragón, en su informe 16/2014, lo dijo claramente: "Se trata, en todo caso, de incorporar al contrato condiciones de ejecución en materia social que van más allá del cumplimiento de las establecidas en las normas". Es obvio que se extiende también la interpretación a las medioambientales y las laborales.

Se recomienda que se vayan incorporando con prudencia y progresivamente. Como ya se ha expuesto en el apartado referido a los criterios de adjudicación, es mejor poner solo una que sea eficiente y fácilmente verificable, que varias de difícil aplicación y que generen conflictos durante la ejecución del contrato. Hay que recordar que, como se explicará en el punto siguiente, las condiciones especiales de ejecución deben ir siempre ligadas a una penalidad. Imponerlas es siempre una complicación e ineficiente, especialmente si la penalidad es la resolución del contrato.

Se recomienda asimismo estudiar conjuntamente las posibles condiciones especiales de ejecución y los criterios de adjudicación, de manera que puedan funcionar de manera complementaria. Es habitual establecer una condición especial de ejecución con un umbral fácilmente asumible por todos los licitadores y poner como criterio de adjudicación una mejora de los mínimos obligatorios, por lo que aquellos licitadores que aporten un mayor compromiso tengan mayor puntuación.

PROPUESTA:

Añadir a la documentación que deben presentar los licitadores un anexo específico o incluir un párrafo a un anexo ya existente en que los licitadores declaran que conocen la existencia de condiciones especiales de ejecución y asumen el compromiso de cumplirlas. Se propone el siguiente modelo de declaración:

DECLARO que conozco y acepto íntegramente los contenidos establecidos en el Pliego de cláusulas de administrativas que han de regir la contratación de que incorpora la o las condiciones especiales de ejecución siguientes:

(...)

Y MANIFIESTO bajo mi responsabilidad que la empresa se compromete a cumplirlas.

4.3.2 Control y penalidades

Como cualquier otra obligación del contratista, se debe hacer un seguimiento y control del cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución. Además del régimen general de penalidades de los artículos 192 y siguientes LCSP, el artículo 201 LCSP hace una referencia especial al cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral.

Con carácter obligatorio, *"los órganos de contratación deben adoptar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral (...)" (artículo 201 LCSP).*

Asimismo recuerda a los órganos de contratación que tienen potestad para adoptar las medidas oportunas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones mencionadas. Se recomienda hacer uso de esta potestad y, en caso de duda, hacer las comprobaciones antes de hacer la propuesta de adjudicación.

De conformidad con la preocupación que muestra la nueva Ley por el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral de las empresas adjudicatarias, el legislador ha considerado necesario reforzar esta obligatoriedad y señala que *"el incumplimiento de estas obligaciones, y especialmente los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa (...)"* dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192 LCSP.

PROPUESTA.

Se aplicará el régimen general de penalidades, pero se recomienda establecer una penalidad específica y ajustada para cada condición especial de ejecución que se incluya. Otorgar carácter de condición esencial sólo a aquellas verdaderamente esenciales, por lo que su incumplimiento dé lugar a la resolución del contrato, de acuerdo con el artículo 211 f) LCSP. Es conveniente no abusar de la declaración de condición esencial del contrato dado que en muchas ocasiones la resolución anticipada de un contrato puede generar mayores perjuicios al interés general, si bien se debe establecer un sistema claro y efectivo que penalice siempre cualquier incumplimiento.

Hay que tener presente que el incumplimiento de las cláusulas esenciales en el contrato, incluidas las condiciones especiales de ejecución, es una prohibición de contratar (artículo 71.2 c) si se dan los requisitos siguientes:

- que el incumplimiento haya definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave
- que concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario
- que haya dado lugar a la imposición de penalidades o la indemnización de daños y perjuicios

4.3.3 Ejemplos

Estos son ejemplos de cláusulas recogidos de pliegos reales o de instrucciones parecidas a esta.

Especialmente aquellos que están extraídos de otras guías, son ejemplos muy generales. Se recomienda aplicarlos sólo cuando no sea posible exigir condiciones más específicas y adecuadas a la prestación concreta. Algunos de estos ejemplos se refieren a obligaciones legales. Esta guía pretende que las condiciones especiales de ejecución sean obligaciones más exigentes que las meramente legales. Por lo tanto, se recomienda exigir sólo obligaciones legales en casos muy concretos para asegurar que se cumple la normativa mínima cuando la práctica pueda ser habitual no aplicarla estrictamente. En el caso de los convenios colectivos sectoriales, en la práctica es posible descolgarse de la aplicación del convenio mediante la aplicación de un convenio de empresa más restrictivo. Para evitarlo, es conveniente exigir las condiciones del convenio colectivo sectorial a los pliegos como condición especial de ejecución.

Cada condición especial de ejecución debe incluir el indicador que se utilizará para verificar su cumplimiento.

A) Contratación de personas con dificultades de acceso al mercado laboral:

- Compromiso de contratación de tres personas perceptoras de la renta mínima de inserción para la ejecución del contrato. Estas 3 personas no es necesario que sean las mismas durante toda la duración de las obras, sino que se irán contratando diferentes perfiles según las necesidades.

- Si durante la ejecución del presente contrato se llevará a cabo la incorporación de nuevo personal, por motivo de sustitución de bajas temporales de duración superior a un mes o bajas definitivas del personal contratado en la categoría de limpiadores, estas bajas se deberán cubrir mediante la contratación de personas mayores de 45 años inscritas como demandantes de empleo de larga duración, con la formación y/o titulación exigidas.

- En caso de existir subrogación de personal, las nuevas contrataciones deben incluir personas con dificultades de acceso al mercado laboral hasta al menos alcanzar el 10% de la plantilla total. El porcentaje se refiere a las jornadas laborales totales destinadas a la limpieza de edificios y locales.

La selección de las personas que se contraten en aplicación de estas cláusulas se realizará por la empresa adjudicataria de entre las personas que propongan los servicios sociales, según los perfiles requeridos, o directamente de los servicios de empleo. Nunca se podrá obligar al adjudicatario a contratar a una persona determinada.

- Subcontratación de la prestación consistente en ... con empresas de economía social, según se definen en el artículo 4 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de economía social.

B) Igualdad de género

- Para favorecer la participación de la mujer en el mercado de trabajo y la conciliación del trabajo y la vida familiar, se solicita que los servicios puedan ser prestados de manera remota al menos al 50%.

- Garantizar la paridad salarial entre hombres y mujeres y otros trabajadores de identidad o condición sexual o expresión de género diferente.

- Entregar un plan que detalle las medidas para prevenir, evitar y erradicar el acoso por razón de sexo, en relación con el personal adscrito a la ejecución del contrato. Las medidas deberán consistir, como mínimo, en campañas informativas que detallen qué son conductas de acoso sexual o por razón de sexo; y la designación de personas que velen por un espacio de trabajo libre de violencias machistas o por orientación sexual o identidad de género.

C) Comunicación inclusiva

- En toda la documentación, publicidad, imagen o material generado con motivo del contrato, la empresa o entidad adjudicataria deberá utilizar el lenguaje de forma no sexista, evitar cualquier imagen discriminatoria de las mujeres o estereotipos sexistas y fomentar la imagen con valores de igualdad, presencia equilibrada, diversidad, corresponsabilidad y pluralidad de roles e identidades de género.

- Garantizar la no utilización de lenguaje o imágenes sexistas, que no atenten contra la igualdad de las personas con diversidad funcional de cualquier tipo, los derechos de la infancia, o que no sean respetuosas con el cuidado del medio ambiente, sostenibilidad y los derechos de los animales.

- Uso de una comunicación que no incurra en cualquier tipo de discriminación por razón de orientación y / o identidad sexual, origen, edad, creencias u otras condiciones o circunstancias personales o sociales.

- En las comunicaciones derivadas de la ejecución del contrato, evitar la exaltación de la violencia y fomentar la diversidad cultural, huyendo de los estereotipos negativos y perpetuadores de prejuicios.

D) Derechos laborales y formación.

- El adjudicatario debe impartir a las personas adscritas a la ejecución una acción de formación en el plazo máximo de un mes que deberá durar un mínimo de 8 horas y tratar:

I. Mejora del empleo y adaptabilidad, así como de sus capacidades y de su calificación

II. Medidas sobre mejoras medioambientales en el entorno laboral

- Obligación de no aminorar las condiciones laborales de los trabajadores subrogados en materia y jornada y salario y términos anualidades así como cualquier otra mejora establecida por la legislación laboral aplicable a los trabajadores adscritos al contrato en función del convenio colectivo aplicable al presentarse la oferta.

- Cumplimiento por parte del contratista de todas las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales en vigor en materia laboral, de seguridad social y de seguridad y salud en el trabajo aplicables a las personas trabajadoras vinculadas al contrato. Aplicará a toda la plantilla que ejecutará el contrato las condiciones de trabajo establecidas por el último convenio colectivo sectorial y territorial vigente en que se encuadra. En caso de que no haya convenio colectivo o norma que lo regule, el contratista deberá abonar el salario debido en los primeros cinco días de mes a todo el personal que participe en la ejecución del contrato.

- El contratista mantendrá la plantilla adscrita a la prestación a lo largo de toda la ejecución del contrato. A tal efecto, y al inicio del contrato deberá manifestar vía declaración responsable, el número de personas trabajadoras que ocupará para la ejecución del contrato y su jornada laboral expresada en horas de trabajo al año. Si la plantilla no fuera homogénea a lo largo del contrato, se deberá presentar un calendario con indicación concreta del número de personas e individualizando su jornada de trabajo en horas de trabajo por persona, así como las fechas de inicio y final del contrato .
- El personal adscrito al suministro dependerá exclusivamente del contratista, el cual tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empresario respecto del mismo.
- El contratista responderá de las obligaciones que vengan impuestas por su carácter de empleador así como del cumplimiento de cuantas normas regulen y desarrollen la relación laboral o de otro tipo, existente con ese o con sus subcontratistas y los trabajadores de uno y otro sin que pueda repercutir contra la administración ninguna multa sanción o responsabilidad que por incumplimiento de alguna de ellas sean imponibles por parte de los organismos competentes.
- Especificar las personas concretas que ejecutarán las prestaciones contractuales y acreditar su afiliación a la seguridad social, previamente al inicio de ejecución del contrato.
- Comunicar previamente cualquier sustitución o modificación de aquellas personas y acreditar que su situación laboral se ajusta a derecho.

E) Cláusulas medioambientales

- El adjudicatario aplicará las medidas preventivas necesarias para evitar la generación de impactos medioambientales negativos durante la realización de los trabajos así como las medidas de subsanación en el caso de que se produzcan.
- Reducción de papel mediante la puesta a disposición por parte del equipo redactor de una carpeta en la nube en la que se pueda acceder a la documentación del proyecto y la utilización de firmas digitales. Las copias físicas inevitables se harán en papel reciclado y en la medida de lo posible a doble cara.
- Compromiso de reciclar cualquier residuo generado durante la instalación montaje y mantenimiento de los equipos
- Retirar y reciclar el mobiliario sustituido. En concreto se deben retirar:
 - 77 muebles-mesa auxiliar (160x80x40 cm)
 - Hasta un 75% de las sillas

- Hasta un 75% de las mesas de noche
- Hasta un 75% de las mesas auxiliares