



## **INFORME 1/2019, DE 7 DE FEBRERO, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

### **OBJETO: GUÍA PARA LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS, LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS, LOS CONVENIOS Y LOS CONCIERTOS SOCIALES**

#### **I.- ANTECEDENTES.**

Tras varios intercambios escritos y reuniones previas sobre el borrador del texto de la Guía, elaborada por encargo de EMAKUNDE por una consultora en el marco del Grupo Técnico de la Comisión Interinstitucional de dicho organismo autónomo, se recibe en esta Junta Asesora solicitud de informe el 16 de enero de 2019.

#### **II. – CONSIDERACIONES PREVIAS.**

Es necesario señalar, primeramente, que si bien el texto que nos ocupa trata de la incorporación de la perspectiva de género tanto en contratos públicos como en subvenciones públicas, convenios y conciertos sociales, esta Junta sólo es competente para informar lo relativo a la contratación pública, por lo que en principio el informe versará sobre las páginas de la guía dedicadas a este aspecto, si bien los presupuestos y conclusiones básicos pueden ser de alguna manera extrapolables al resto de actos y procedimientos administrativos señalados, para lo que las personas responsables de los mismos podrán tener en cuenta lo aquí informado, si es su deseo, y especialmente para los casos en que haya que proteger la concurrencia.

#### **COMPETENCIA PARA EMITIR INFORME.**

La Junta Asesora de Contratación Pública tiene competencia para emitir informe sobre el borrador de guía de referencia, por constituir ésta uno de los "mecanismos para la introducción en la contratación pública de medidas dirigidas a:

- Garantizar objetivos sociales, medioambientales, lingüísticos y de igualdad de oportunidades, a propuesta de las entidades competentes en la materia.
- ...”, que esta Junta es competente para informar de acuerdo con la letra b) del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Habiéndose analizado por la Comisión Permanente de la Junta el borrador de la guía, el Presidente de la Junta considera que debe elevarse al Pleno la aprobación del informe por la necesaria coordinación del documento con la Instrucción de cláusulas de igualdad en la contratación que prepara la propia Junta, y que modificará el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 29 de abril de 2008 sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma y de su sector público.

### **III. – CONTENIDO.**

El borrador de documento consta de los siguientes apartados y subapartados:

- I. Cláusulas de igualdad en la Contratación Pública
  0. Introducción
  1. Incorporación transversal y preceptiva de criterios sociales
  2. Análisis y preparación de los contratos
    - 2.1. Planificación
    - 2.2. Consultas preliminares
    - 2.3. Definición del objeto del contrato con perspectiva de género
    - 2.4. Justificación del expediente y necesidades a satisfacer
    - 2.5. Aspectos laborales
    - 2.6. Contratos reservados con perspectiva de género
    - 2.7. Etiquetas, certificaciones y distintivos
  3. Prohibiciones para contratar
  4. Solvencia técnica
  5. Criterios de adjudicación
    - 5.1. Concepto, normativa y análisis
    - 5.2. Propuesta de aplicación: metodología
    - 5.3. Propuesta de aplicación: clausulado
    - 5.4. Ejemplos y buenas prácticas
  6. Condiciones especiales de ejecución



- 6.1. Concepto, normativa y análisis
  - 6.2. Propuesta de aplicación: metodología
  - 6.3. Propuesta de aplicación: clausulado
  - 6.4. Ejemplos y buenas prácticas
  7. Cumplimiento y verificación
- II. Subvenciones públicas
  - III. Cláusulas de igualdad en los convenios públicos
  - IV. Conciertos sociales
  - V. Ordenanzas, instrucciones y acuerdos generales

#### **IV.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, así como la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), abren la puerta a la introducción de criterios sociales o relativos al empleo, entre ellos los de igualdad de mujeres y hombres, ambientales, éticos, económicos y de innovación con un carácter más amplio y flexible que el que venía reconociéndose anteriormente, ya que entiende en términos muy amplios la vinculación con el objeto del contrato y la necesaria valoración de la relación calidad/precio para determinar la oferta más ventajosa .

En este nuevo escenario, en que la introducción del concepto "ciclo de vida" de un producto, obra o servicio permite la consideración de la trayectoria del mismo desde su diseño hasta el final de su vida útil y eliminación, la consideración de todos los factores que intervienen en la elaboración, producción, comercialización y finalización de la prestación de un bien o servicio cobra gran relevancia.

Hasta tal punto cobra importancia que la LCSP determina que:

- "En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden

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.” (apartado 3 del artículo 1).

- “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”. Y en dicho apartado se ocupa tanto de “consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.” (artículo 202.1. 2º párrafo)

La introducción de la guía que nos ocupa incorpora una tabla en la que incluye un principio general, y tres fases de los contratos. En el principio general, esta Junta debe hacer la observación de que el deber de incluir criterios sociales y de género que cita la tabla debe matizarse en el sentido indicado en los párrafos anteriores, es decir, en el de que la obligación se ha concretado legalmente en al menos una condición especial de ejecución, y que puede ser de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden. Y en la misma línea, la mención a aspectos laborales que hace la tabla de la guía: si bien “las consideraciones de tipo social o relativas al empleo” que cita el artículo 202 recogen entre sus muchas posibles finalidades una relativa a “eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral” , otra a “favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar” y una tercera a “combatir el paro que afecta a las mujeres”, se habla de finalidades (fines, que no medios), pero la exigencia de cualquier condición especial de ejecución de carácter laboral ha de hacerse con extrema cautela, y siempre y cuando se puede verificar sencilla y objetivamente su cumplimiento, como veremos más adelante. Además, las cuestiones relativas a convenio aplicable y costes laborales, que la tabla y la propia LCSP recoge, son cuestiones que atañen a cláusulas de tipo social que la doctrina y la jurisprudencia aún discuten por la injerencia que la contratación pública puede suponer en el terreno del Derecho Laboral, del que no constituye una fuente.

Por último, el establecimiento de verificadores específicos para cada cláusula de género es absolutamente insoslayable. La tabla las menciona, pero veremos más adelante que hay propuestas en la guía que carecen de la necesaria verificación. Debe extremarse la prudencia en la introducción de dichas cláusulas, ya que su

incumplimiento puede acarrear tanto penalidades, como resoluciones contractuales e incluso prohibiciones de contratar, y debe otorgarse a la persona o personas responsables del contrato las herramientas necesarias para su efectiva verificación ágil, sencilla y sobre todo indubitada.

Respecto al apartado I.1. de la guía, si bien se trata de manera muy genérica la incorporación de los criterios sociales, no podemos sino insistir en que es preceptiva la inclusión de algún criterio no sólo social, sino que también puede ser ambiental, ético, etc. y en que los sociales o relativos al empleo son los más discutidos de entre todos ellos. Creemos que interesa por ello en este punto y en toda la guía, hacer una diferenciación entre criterios de igualdad y sociales, ya que si bien algunos de los relativos a igualdad pueden estar relacionados con el empleo, conviene al propósito de esta guía centrarse en los de igualdad que no se relacionen con convenios y salarios, para evitar que en breve quede desfasada por los continuos cambios en la aplicación de estos dos últimos aspectos que se están viviendo y se esperan en los próximos meses.

Prosiguiendo con la guía, no se ve obstáculo al apartado 2.1 (Planificación) ni al 2.2 (Consultas preliminares), si bien conviene advertir en la propia guía de la necesidad de que dichas consultas se realicen respetando los principios de confidencialidad, protección de datos de carácter personal, no discriminación, transparencia y libre competencia que deben presidir todo el proceso. No hemos de olvidar que cualquier consulta debe realizarse a varias empresas, de manera amplia y que no reconduzca la licitación a una única o pocas soluciones, de forma que no limite la concurrencia. La figura de las consultas preliminares del mercado está encaminada a encontrar las posibles soluciones para la cobertura de la necesidad de la administración, en el plano técnico y financiero, y utilizarla para la introducción de políticas públicas -si bien no está expresamente prohibida- sí plantea con mucho más rigor sus límites. Por otro lado, el punto 4. del resumen sobre las consultas preliminares que ofrece la guía, en el que afirma que "se beneficia a pymes y empresas locales" se recomienda que no se incluya, ya que no tiene fundamento jurídico ni práctico, y por otro lado el objetivo de las consultas nunca puede ser beneficiar a una empresa o tipo de empresas concretas. El favorecimiento a las PYMEs debe instarse a través de otros mecanismos que ofrece la propia LCSP, y que no son materia que nos ocupa.

No hay objeciones a la definición del objeto del contrato con perspectiva de género (punto 2.3)

Entramos ya en el apartado 2.4, de justificación del expediente y necesidades a satisfacer. No se discute su contenido, salvo el párrafo final previo al ejemplo de buena práctica del Ayuntamiento de Abadiño. En él se propone plasmar en los pliegos de contratación los respectivos párrafos primeros de los artículos 1 y 28 de la Ley literalmente, "realizando una declaración expresa en favor de una contratación pública responsable". Toda contratación pública debe serlo, y los modelos de pliegos se elaboran intentando no trasladar literalidad normativa a los mismos, lo que los haría muy farragosos. Se recomienda la supresión de este párrafo.

A continuación, el apartado 2.5 versa sobre "Aspectos laborales". Son precisamente las referencias de la guía a aspectos de empleo, convenios, salarios, ... los que más problemas plantean a quienes suscribimos este informe. Por un lado, una guía sobre cláusulas de igualdad debe distinguirse de cualquier medio de innovar el Derecho Laboral, pues una vez más debemos recordar que la contratación pública, en ninguna de sus formas, constituye fuente de dicho Derecho. Tampoco parece éste el lugar adecuado para recoger preceptos relativos a aspectos marcadamente sociales que serán objeto de la correspondiente Instrucción de esta Junta en breve, y que exceden del ámbito de la igualdad y de las competencias de Emakunde.

Así, entendemos que el párrafo "Por lo tanto, el aseguramiento de empleos dignos debe conformar una cuestión ineludible en la contratación pública, al igual que la apuesta por incluir la perspectiva de género y las especiales problemáticas y necesidades de las mujeres en el marco de las relaciones laborales.", debe eliminarse o adecuarse, ya que si bien ambos fines (empleos dignos para toda persona e incluir la visión de la situación de las mujeres en las relaciones laborales) son indubitadamente loables y a impulsar, no es la contratación pública ni los órganos de contratación el ámbito con competencias para ello.

En esa línea, los artículos 100 y 130 de la LCSP, parcialmente recogidos en la guía –se recomienda indicar los párrafos no transcritos con la marca [...] y marcar con comillas todos los literales- son materia de índole social (si bien el 100.2 recoge la necesidad de desagregación de género en los salarios) y que se limitan a reflejar en los pliegos lo que dicte "el convenio laboral de referencia" o "el convenio colectivo de aplicación", cuestiones que la práctica está

demostrando que no son claras y no existe respuesta doctrinal ni jurisprudencial definitiva sobre cuál ha de ser ese convenio. Son cuestiones delicadas.

La referencia a la disposición adicional quincuagésima primera no presenta tanta problemática, pero es una vez más de índole social, no corresponde a esta guía ni el hecho de que se pueda pagar directamente a las empresas subcontratadas incide en un beneficio directo para las mujeres.

Continúa la guía aseverando que “se faculta (y obliga en algunos casos) a los órganos de contratación a realizar un análisis preciso y concreto de la plantilla necesaria para ejecutar el contrato y su cualificación, determinar el convenio aplicable, señalar los costes laborales y establecer el presupuesto de licitación conforme a los datos antedichos.”. Este párrafo podría mejorarse apuntando que esto es así en los casos en que la mano de obra es el componente esencial de la prestación. Y no es que el órgano de contratación deba analizar la plantilla necesaria, ni mucho menos el convenio y con él los costes, el órgano de contratación debe analizar la prestación, el resultado, mientras que el convenio y los costes laborales no puede determinarlos, al no ser, insistimos, sus resoluciones y actos administrativos fuente del Derecho Laboral.

Del mismo modo, las cinco posibilidades que se ofrecen en el punto 2. del apartado 2.5, deben interpretarse con mucha cautela, especialmente la de “se permitirá ejercer un efectivo control para garantizar la igualdad salarial entre mujeres y hombres”. Dicho control no es potestad sino de la jurisdicción laboral y la inspección de trabajo. Cuestión distinta es la introducción de medidas destinadas a favorecer la eliminación de la brecha salarial, lo que es objeto de instrucción, entre otras medidas, de esta Junta Asesora.

El punto 3. del mismo apartado, “Aconsejamos para aquellos casos en los que existe subrogación del personal el disponer de la oportuna información sobre las condiciones salariales y laborales de las personas trabajadoras que vinieran realizando la prestación, con el objetivo de analizar las cuestiones más idóneas susceptibles de ser incorporadas a los pliegos, por ejemplo ordenación de la jornada laboral, medidas de conciliación, condiciones salariales, categorías profesionales, o necesidades de formación.”. La Ley obliga a facilitar la información necesaria para que las licitadoras puedan elaborar su oferta económica, no es un consejo sino algo insoslayable, y el convenio que se les viniera aplicando se les deberá aplicar por la nueva contratista, no pudiendo

entrar el órgano de contratación a ordenar la jornada laboral, aunque sí a valorar mejoras de las condiciones del convenio mencionado. Pero todo ello, insistimos, son cláusulas sociales, muy difíciles luego de verificar por el órgano de contratación pública, por otro lado.

El punto 4., que advierte sobre la prudencia con que debe obrar en todo momento la Administración en aspectos laborales, para no adquirir responsabilidades respecto a la plantilla que ejecute el contrato nos parece muy acertado, y sugerimos que se remarque por su carácter crítico.

Pasamos ya al apartado 2.6, Contratos reservados con perspectiva de género. Se recogen correctamente las disposiciones adicionales cuarta y cuadragésima octava sobre el tema. Sobre los cinco párrafos que se añaden a continuación en la guía, correctos aunque el último puede resultar complicado si se pretende su aplicación al 100% de los casos –subrogaciones, los servicios que se prestan son limitados (véase Anexo VI de la LCSP), añadir mayores requisitos a su capacidad de concurrencia puede ser un obstáculo para estos centros y empresas- esta Junta está en contacto con asociaciones de centros especiales de empleo va a elaborar próximamente una Circular sobre las características que deben tener los de Iniciativa Social, ya que los que no lo sean no deben ser sujeto de contratos reservados. Este terreno es complejo y los tribunales administrativos de recursos contractuales, con mucho acierto entre ellos el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, están sentando las notas principales de los centros que pueden aceptarse. Se recomienda contactar con esta Junta ante las dudas que puedan surgir, y consultar en los próximos meses la Circular mencionada.

El apartado 2.7, sobre etiquetas sociales, si bien restringiéndolo a las de igualdad, no presenta problema, ya que se limita a reflejar el art. 127 LCSP y recoger los distintivos de “Igualdad en la empresa” y “Entidad colaboradora para la igualdad de mujeres y hombres”, que es necesario poner en valor y muy recomendable incluir en las licitaciones por su objetividad, sencillez y pragmatismo.

Entramos ya en el apartado 3, de prohibiciones de contratar. La guía reproduce los artículos 71 y 72 de la LCSP, en los apartados que interesan a la búsqueda de la igualdad de mujeres y hombres (recordamos nuevamente la conveniencia



de señalar con la marca [...] los párrafos no incluidos. Se puede incluso remarcar en negrita lo relativo a igualdad, la Ley sí ha sido muy concreta aquí.

Respecto a la propuesta de acreditación previa a la formalización del contrato de la circunstancia señalada en la letra d) del artículo 71, debemos resaltar que esta letra tiene carácter básico – disposición final primera de la LCSP-, que no mínimo, por lo que debe aplicarse en su literalidad, y no puede exigirse a la propuesta licitadora otra acreditación adicional. Cualquier modificación de los modelos de pliegos aprobados por el Consejero de Hacienda y Economía debe ser informada por la vocalía jurídica correspondiente asumiendo que puede ser recurrida (recurso a los pliegos) por ir más allá de lo que con carácter básico marca la Ley. De hecho, el siguiente párrafo de la letra d), que no se ha transcrito en el borrador de guía, dice:

“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.”

Es decir, la propia LCSP, con carácter básico marca el medio de acreditación de la obligación de contar con un plan de igualdad en empresas de más de 250 personas trabajadoras y sólo deja la puerta abierta a una alternativa que marcarse un Real Decreto del Consejo de Ministros, limitándola además a dos opciones, por lo que otras propuestas parecen una extralimitación no conveniente.

Continuamos avanzando en el análisis del borrador de guía: apartado 4, solvencia técnica. El art. 90.3 LCSP dice también que deben exigirse los medios en los casos mencionados –que el objeto contractual requiriese aptitudes específicas en materia social, de proximidad u otras análogas-, que son muy residuales, en prestaciones concretas relativas a la igualdad en su propio objeto, y que deben acreditarse igual que la experiencia y conocimientos por los medios que establece el apartado 1 del propio artículo. Es importante recordar también que no se pueden proponer otros medios de acreditación de la solvencia (el art. 90 es básico en su totalidad). Por ello se entiende que el ejemplo de buena práctica propuesto no es correcto en su apartado c) (exigencia de certificado emitido por organismo competente que acredite el compromiso con la igualdad,

o cualquier medio de prueba admitido en Derecho del cumplimiento de los requisitos necesarios para obtener dicho certificado).

Posteriormente, el borrador se ocupa de los criterios de adjudicación. El apartado 5.1 ha recogido parte del artículo 145 (insistimos en la marca [...]) y el 147 en su totalidad. Al recogerse literales, la utilización de negrita no incluida en la Ley es inapropiada, pero resulta acertado usarla en las observaciones posteriores, como se ha hecho. La introducción de cláusulas de cualquier tipo como criterio de adjudicación suele ser la que menos problemas presenta, porque no limita la concurrencia, sólo sirve para valoración, si bien es importante recalcar que una vez incluida, si la contratista ha ofertado y se le ha valorado algo al respecto, debe la persona responsable del contrato velar por su cumplimiento con el mismo rigor que cualquier otra prescripción contractual. Por ello lo que se valore ha de ser objetiva y fácilmente verificable por dicha persona, lo mismo que cualquier otra cláusula contractual.

El punto 5 de dicho apartado 5.1 es el que presenta mayor problemática. Parte del presupuesto erróneo de que criterio cualitativo y sujeto a juicio de valor son lo mismo. No es así. Un criterio cualitativo, relativo a la calidad en sentido amplio –como se entiende la calidad en la LCSP- no tiene por qué no ser objetivo y sujeto a fórmulas. Ésa debe ser la primera premisa.

Por otro lado, todo aquel pliego que recoja cláusulas de igualdad requerirá un conocimiento mínimo en la materia por su responsable del contrato, ya que deberá verificar su cumplimiento y proponer las medidas derivadas de su incumplimiento: penalidades, resolución en los casos que la Ley determina. Lo realmente importante es que lo que se exija y/o valore pueda ser verificado de manera objetiva, no tanto que el criterio sea objetivo en sí. La verificación no es el criterio de adjudicación. Es el método indubitado, objetivo y sencillo para que la persona responsable del contrato compruebe sin lugar a dudas y con el mínimo esfuerzo que se está cumpliendo lo exigido y/o ofertado. Aquí está el quid de las cláusulas de igualdad, del mismo modo que de las sociales, ambientales, de innovación, éticas o económicas.

Hay que decir también que nada garantiza la no interposición de recursos. Todo es recurrible, y la experiencia de quienes formamos parte del Pleno de esta Junta, agentes todos de la contratación pública, dice que tanto si está sujeto a fórmulas como si no lo está. Lo que sí garantizan los criterios matemáticos es la

imparcialidad, si bien no se debe presuponer en ningún caso que las personas que evalúan los criterios de adjudicación (no son sólo “técnicos y técnicas de contratación” como se dice, de hecho normalmente no son ellas y ellos los que lo hacen) no actúan de manera justa. Ese párrafo (“Lo explicamos con un ejemplo:...”) debería ser retocado a nuestro entender.

Y el siguiente (“La solución es...”) se sugiere que sea eliminado. No puede exigirse que las medidas de conciliación sean diseñadas por una persona con formación especializada en igualdad, lo que limitaría mucho la concurrencia, especialmente para las PYMES, ni que se acredite la participación de la plantilla en su elaboración y aprobación, ... No podemos entrar a la organización interna de las licitadoras, sería una extralimitación del órgano de contratación pública.

El último párrafo también es matizable: no todos los criterios propuestos después son objetivos (p. ej.: adopción de acciones de mejora), y por otro lado a veces los criterios subjetivos son los más indicados para introducir esas mejoras en la situación de las mujeres implicadas. Insistimos en que lo que ha de ser objetivo es sobre todo el método de verificación de su cumplimiento.

Respecto a la propuesta de aplicación: metodología, se perfila correctamente.

En este punto, y respecto a la terminología “las licitadoras y licitadores” empleada, esta Junta desea transmitir que en el intento de no utilizar nunca un lenguaje sexista en sus textos, empleamos siempre los términos “la licitadora”, “la contratista”, etc., ya que siempre se trata de personas, físicas o jurídicas, y no estimamos necesario hacer más distinción añadiendo el artículo o sustantivo masculino.

Entramos ya en la propuesta de clausulado (apartado 58.3). El punto CA.1.1., dentro del apartado de contratación de mujeres para la ejecución del contrato, es adecuado si se toma como referencia no la fecha de publicación del anuncio, que puede distar de la de inicio de ejecución (recursos, ...) sino que se suscribe como compromiso de adscripción de medios a reiterar y verificar en el plazo marcado en el art. 150.2 LCSP y con la formalización del contrato. En ocasiones se subcontratan tareas, cambia la plantilla, ... el efectivo control en ejecución, difícil en este aspecto, debe tomar como base la adscripción en el momento de formalización del contrato. Y es importante que se pueda verificar el

cumplimiento del compromiso durante la ejecución del contrato, para evitar contrataciones puntuales y fraudulentas.

El punto CA.1.2. Correcto. Debe definirse bien qué es un puesto “de responsabilidad, gerencia o cualificado” (sobre todo éste último adjetivo).

Sin problemas los puntos CA.1.3 y CA.1.4., bajo las mismas premisas de momento, definición y verificación.

Llegamos al apartado CA.2, de acciones de mejora para la igualdad en la ejecución del contrato. Las cinco primeras no presentan problemas. La CA.2.6.1. (mejora o ampliación de los permisos, licencias o excedencias establecidas por la normativa legal vigente) debería volver a redactarse, ya que dichas condiciones no están normalmente establecidas por normativa legal, sino por convenio o normativa de menor rango e incluso acuerdos de empresa, y es complicado por ello establecer cuáles son los establecidos. Por otro lado, debería incidirse en que dichas mejoras se destinen específicamente a la igualdad entre mujeres y hombres. Se trata de materia puramente laboral, por lo que nuevamente excede de las cláusulas de igualdad en la contratación y parece por ello complicado incluirlo en una guía de igualdad.

En la CA.2.7 volvemos a insistir en que se trata de materia laboral y por tanto a considerar con especial cuidado. Por otro lado, no pueden generalizarse “las mejoras laborales a la plantilla”. Han de ser medidas que favorezcan a las mujeres y/o a la igualdad.

El CA.2.8., compromiso de diseñar y evaluar la prestación contractual con perspectiva de género es muy adecuado y va al fondo de los problemas de desigualdad. Falta establecer cómo remitir esa información a Emakunde para su evaluación, por qué medios, plazos, etc.

El punto CA.3 es muy adecuado. Conviene recordar en la propia guía que si se valoran títulos y experiencia como criterio de adjudicación específico del personal que ejecute el contrato, lo que es correcto, no pueden pedirse también como solvencia.

El punto CA.4 es correcto, si bien habrá contratos en los que sea imposible conocer este dato ni después de ejecutado. Se recomienda indicar en la guía que

quien establezca los criterios deberá reflexionar sobre en qué contratos cabe y tener también muy en cuenta la protección de datos personales.

Y tras algunos ejemplos llegan las condiciones especiales de ejecución (en adelante, CEE). Se recogen los aspectos legales que atañen a las cláusulas de igualdad, y se propone una metodología de aplicación.

En el primer párrafo del apartado 6.2, de metodología para aplicar CEE, recomendamos añadir un inciso respecto a que el artículo 202 LCSP establece que es obligatorio señalar al menos una condición especial de ejecución "de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden". Y es que la obligatoriedad permite elegir entre un amplio abanico de opciones que se recogen en el apartado 2 del propio artículo, y que no deben ignorarse cuando se propone una metodología, lo cual no obsta para que la propia guía indique que dado el ámbito que la ocupa se va a centrar en las relativas a la igualdad. Así debería señalarse claramente, diciendo que se va a proceder a proponer una metodología sólo en cuanto al tema de igualdad que ocupa a la guía.

Y conviene en el punto 4., sobre el sistema de verificación, hacer mención al o la responsable del contrato, quien será quien tenga que llevar a cabo tal verificación, con la ayuda de Emakunde en su caso. Pero la responsabilidad de verificar el cumplimiento de las CEE así como del resto del contrato es de esta persona física o jurídica que designa el órgano de contratación.

En la propuesta de aplicación que se recoge a continuación en el borrador (apartado 6.3) se recogen varias sugerencias muy interesantes, si bien hay que tratarlas con mucho cuidado por ser muchas de ellas de índole laboral, de forma que hay que tener mucha cautela para no extralimitarse en el contenido de la guía y en la aplicación de la misma. Así, por ejemplo, es más prudente exigir emplear un porcentaje de mujeres superior a la media según la rama de actividad que un número determinado de mujeres, que limita en mayor medida la capacidad de autoorganización de la empresa, que no debe perder en ejecución del servicio. O las cláusulas CE.2.2 y CE.2.3, que encarecen la prestación y no están definidas de manera que se vea cómo esa formación en igualdad o la incorporación de ese técnico o técnica de igualdad redundan exactamente en la mayor igualdad de la ejecución del contrato. No olvidemos el concepto del ciclo de vida: sí se recoge todo aquello que incremente la calidad del bien o servicio en sentido amplio, incluyendo su forma de ejecución más

igualitaria, pero la simple formación o contratación de especialistas en igualdad no garantiza la mayor igualdad en esa prestación concreta, obligando a la empresa a una inversión que va más allá de la propia ejecución del contrato. El punto CE.2.6, también de carácter muy laboral, va más allá de las medidas que permite el 202.2 LCSP, y no las enfoca en el beneficio a las mujeres, ya que no hace distinción en que la ampliación de permisos, licencias o excedencias que recoge se relacionen con eliminación de desigualdad, las propone para cualquier trabajador o trabajadora, excede del ámbito de esta guía. Del mismo modo con la flexibilización de jornada, cheque servicio, comedores, guarderías, centros de día o ludotecas. Y el punto CE.2.7, de mejoras laborales a la plantilla que ejecutará el contrato, también además sin distinción entre mujeres y hombres, es absolutamente laboral, no procede en esta guía exigir (recordemos que esto son CEE, obligatorias si se incluyen) mejoras salariales por encima del convenio de aplicación, conversión de contratos temporales en indefinidos, o a tiempo parcial en de jornada completa, ... Es una extralimitación y su fondo está además muy discutido por doctrina y jurisprudencia en el momento actual. Se recomienda suprimir este CE.2.7 salvo lo relativo a las acciones de prevención de riesgos con perspectiva de género (punto 4).

Los puntos CE.2.8, CE.3 y CE.4 presentan menos problemas, siempre que se valore en cada caso el tipo de prestación ante el que nos encontramos (ejemplo: si estamos ante un expediente de suministro e instalación de radares de control de velocidad, es mejor pedir que intervengan mujeres en la ejecución que pedir que se desagregue a las personas usuarias). Y se recomienda en los títulos poner "condiciones especiales de ejecución" en vez de "criterios", para evitar confusiones. Respecto a la exigencia de que la formación esté certificada por un organismo oficial o autorizado, sería necesario incluir una lista de cuáles lo son, ya que esto es muy difícil de comprobar por la persona responsable del contrato.

Avanzamos hacia el sistema de cumplimiento y verificación, al que la guía intenta acercarse en el apartado 7. Sin embargo, siendo ésta una de las principales condiciones que cualquier cláusula introductoria de políticas públicas, debería haberse introducido para todas y cada una de las cláusulas propuestas, tanto en criterios de solvencia como de adjudicación como en condiciones especiales de ejecución, sus correspondientes métodos objetivos y fácilmente accesibles de verificación. Sólo en algunos casos se han propuesto con absoluta concreción, lo que dificulta enormemente su aplicación práctica. Y en este apartado 7 sólo se hace una propuesta de inclusión en pliegos (recuérdese que

los pliegos que se separen de lo aprobado oficialmente deben ser informados ex profeso en el punto en concreto de la separación por la asesoría jurídica competente en contratación de que se trate) que se refiere a posibles consecuencias del incumplimiento, pero no a la verificación del cumplimiento de las cláusulas exigidas.

En primer lugar, respecto a la sugerencia de señalar todas las cláusulas de género como obligaciones contractuales esenciales, conviene precisar la naturaleza y consecuencias de este concepto jurídico indeterminado. Las referencias de la LCSP a dichas obligaciones esenciales es escasa pero de vital importancia:

- aparecen en la letra c) del apartado 2 del artículo 71 (relativo a las prohibiciones de contratar. Dice dicha letra que será circunstancia que impedirá a las empresas contratar con las entidades del art. 3 (poderes adjudicadores, en términos muy amplios) quienes incumplan las "cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios."
- también se mencionan en el apartado 2. del artículo 76, en su primer párrafo: "Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario." (Debemos aclarar nuevamente la literalidad del texto, así se recoge en la LCSP, ley que no se ha redactado con lenguaje no sexista, desgraciadamente.)
- de manera especial por la parte que nos ocupa, en el apartado 3 del artículo 202, que recoge también lo señalado en los dos guiones anteriores: "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." Y en el 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."

- Y, finalmente, en el artículo 211, apartado 1., que recoge las causas de resolución del contrato. En su letra f), tras decir que será causa de tal resolución el incumplimiento de la obligación principal del contrato, asevera que también lo será "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, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general."

Así las cosas, la trascendencia que tiene el otorgar a las cláusulas de igualdad la categoría de obligación contractual esencial, si bien cabe, debe primero recogerse adecuadamente en los pliegos con un nivel de detalle que no permita dudas en su interpretación, en las condiciones de su cumplimiento y en la forma de verificación de las mismas, y segundo debe llevar aparejadas las consecuencias que procedan en función de los requisitos legales antedichos, estableciendo además claramente el procedimiento para la puesta en conocimiento y tratamiento de su incumplimiento, incluyendo el debido trámite de audiencia a la contratista, el informe jurídico, el procedimiento contradictorio si fuera necesario, etc., indicando medios y archivos, documentos o pruebas que deban utilizarse en cada fase.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta respecto al punto 6. de este apartado 7. de la guía, que no se trata sólo de que las adjudicatarias (y/o licitadoras o contratistas, según el momento procedimental) "conocen de antemano qué documentación deberán aportar en caso de resultar adjudicatarias", ya que los métodos de verificación no serán siempre documentales, muchas veces no será la empresa sino la propia Administración la que a través de los debidos sistemas



de interoperabilidad deba suministrar las pruebas al procedimiento –TC2 de la Seguridad Social, por ejemplo-, la aceptación de los sistemas equivalentes que siempre debe dejarse abierta deja cierta incertidumbre sobre lo que se podrá aportar, etc. Habría que matizar ese párrafo.

A continuación, se hace una propuesta de inclusión de cláusula en el pliego que opera ya ex lege para cualquier criterio y CEE, y que en cuanto al aparejamiento de consecuencias debería ser mucho más precisa, y debe introducirse en cada caso: tipificar las infracciones como leves, graves y muy graves, establecer la penalidad asociada a cada una de ellas en un importe o porcentaje concreto o dentro de una baremación estrecha a fijar en cada incumplimiento por el órgano de contratación y determinando su incidencia en próximos pagos o detracción de la garantía, y además en cada apartado del pliego correspondiente: penalidades, resolución, etc., y acompañando el correspondiente procedimiento de aplicación.

Por último, el borrador ofrece unos métodos de verificación de las cláusulas propuestas. Si bien no entramos a valorar una por una, han de tenerse en cuenta en este punto las observaciones vertidas sobre cada cláusula, de manera que se tenga en cuenta las recomendaciones expresadas, y por otro lado sí que ha de puntualizarse que aquí como en todo lo no regulado por la propia LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas se convierte en el régimen procedimental supletorio, y a tal efecto debemos recordar su artículo 28, recientemente modificado por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Así, recogemos aquí los apartados 2.,3. y 4. de dicho artículo, en su redacción actual:

“2. Los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante o hayan sido elaborados por cualquier otra Administración. La administración actuante podrá consultar o recabar dichos documentos salvo que el interesado se opusiera a ello. No cabrá la oposición cuando la aportación del documento se exigiera en el marco del ejercicio de potestades sancionadoras o de inspección.

Las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.

Cuando se trate de informes preceptivos ya elaborados por un órgano administrativo distinto al que tramita el procedimiento, estos deberán ser

remitidos en el plazo de diez días a contar desde su solicitud. Cumplido este plazo, se informará al interesado de que puede aportar este informe o esperar a su remisión por el órgano competente.

3. Las Administraciones no exigirán a los interesados la presentación de documentos originales, salvo que, con carácter excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario.

Asimismo, las Administraciones Públicas no requerirán a los interesados datos o documentos no exigidos por la normativa reguladora aplicable o que hayan sido aportados anteriormente por el interesado a cualquier Administración. A estos efectos, el interesado deberá indicar en qué momento y ante qué órgano administrativo presentó los citados documentos, debiendo las Administraciones Públicas recabarlos electrónicamente a través de sus redes corporativas o de una consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto, salvo que conste en el procedimiento la oposición expresa del interesado o la ley especial aplicable requiera su consentimiento expreso. Excepcionalmente, si las Administraciones Públicas no pudieran recabar los citados documentos, podrán solicitar nuevamente al interesado su aportación.

4. Cuando con carácter excepcional, y de acuerdo con lo previsto en esta Ley, la Administración solicitara al interesado la presentación de un documento original y éste estuviera en formato papel, el interesado deberá obtener una copia auténtica, según los requisitos establecidos en el artículo 27, con carácter previo a su presentación electrónica. La copia electrónica resultante reflejará expresamente esta circunstancia.”

Por tanto, muchos de los documentos que se piden en la guía no pueden pedirse por ser elaborados o estar en poder de una Administración, y los certificados o declaraciones no tienen por qué ser tales sino copias, ya que no hay normativa que exija que sean originales en este caso. Será misión de la figura responsable del contrato recabar la información en muchos casos, de los servicios del órgano de contratación o bien de la mesa de contratación si se trata de documentación a requerir previa a la formalización del contrato, a través de la interoperabilidad con otras administraciones o de los medios electrónicos oportunos. Deben pues replantearse las medidas de verificación.

La guía aborda posteriormente la introducción de cláusulas de igualdad en las subvenciones públicas, tema que no compete a esta Junta, por lo que no entramos a examinarlo, y en sus últimas páginas su incorporación a los convenios públicos, los conciertos sociales y las ordenanzas, instrucciones y acuerdos generales. Procedemos a hacer algunas observaciones sobre los aspectos de contratación pública que se tratan en ellos:

En el apartado III., de convenios, se hace una afirmación en el sentido de que “Queda claro que los convenios no son contratos ni pueden realizar prestaciones propias de contratos (art. 47.1), es decir onerosas o lucrativas.”. El artículo mencionado es de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Lo que dice el párrafo tercero de dicho apartado, mencionado previamente en la guía, es que “Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.” La frase de la guía debería corregirse en el sentido de que lo que diferencia el contrato del convenio es la onerosidad, que no tiene que ver con el lucro, sino con la equivalencia de prestaciones, la relación sinalagmática, el beneficio del contratista. La Abogacía del Estado viene insistiendo en que el convenio parte de la existencia de dos o más partes con competencias o funciones concurrentes o complementarias sobre un mismo objeto, con fines comunes, para cuya consecución ponen en común ciertos medios, participando conjuntamente del resultado obtenido. La clave es la colaboración, no el intercambio de prestaciones o precio que beneficien a uno o a otro.

En el mismo sentido, el artículo 2 de la LCSP dice que son contratos del sector público “... los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica...” y “Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta”. La doctrina coincide en que no es necesario que concurra ánimo de lucro, por lo que tanto ONGs como fundaciones, etc. pueden ser contratistas públicos, no partes de un convenio de colaboración, si se da tal onerosidad.

Siguiendo con el borrador de guía, trata la posible incorporación de las cláusulas en los conciertos sociales. Dice textualmente que “... la prestación de determinados servicios (sociales, sanitarios, educativos, culturales) pueden acordarse entre la administración y las entidades privadas sin categorizar dicha

relación en el marco de un contrato público. 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, ni de concurrencia, ni de solvencia de la contratación pública.” Es necesario redactar de nuevo este párrafo. Parece que cualquier servicio social, sanitario, educativo y cultural puede acordarse entre administración y entidades privadas sin que se trate de un contrato público y sin publicidad, concurrencia ni solvencia. No es así. Remitiéndonos al informe 27/2017, de 10 de octubre, del Pleno de esta Junta, conviene precisar que:

“Solo la concurrencia de razones presupuestarias que obliguen a controlar los gastos y a evitar en lo posible el derroche de medios financieros, técnicos y humanos para poder prestar o seguir prestando servicios de carácter solidario y de acceso universal para todas las personas permitiría hacer una salvedad al derecho comunitario de libre prestación de servicios por cuya salvaguardia vela la normativa de contratación pública. Por dicho motivo, solo cabe entender la colaboración de entidades privadas con las Administraciones Públicas para la prestación de servicios sociales mediante fórmulas no contractuales, como es el concierto, si la gestión se realiza de forma solidaria, es decir, sin ánimo de lucro, de manera que la financiación de los conciertos solo comprenda los costes variables, fijos y permanentes sin incluir el beneficio industrial.

Solamente la suscripción de conciertos y/o convenios con entidades sin ánimo de lucro justifica la exigencia del cumplimiento de unos requisitos previos basados en criterios de tipo geográfico, territorial o de nacionalidad como excepción a la prohibición de restricción a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro que dicha exigencia conlleva. Es en este sentido en el que debe interpretarse la legislación interna de los Estados miembros (en este caso, por razones competenciales, las leyes sectoriales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (LSS y LTSSE)) para que pueda entenderse conforme con el derecho comunitario.”

Es decir, habrá que atender a criterios de equilibrio presupuestario que en el caso de la Comunidad Autónoma de Euskadi no han sido precisados por el Decreto de conciertos sociales cuyo borrador se informaba en el documento 27/2017 mencionado, que no llegó a ver la luz y cuyo hueco normativo aún no se ha llenado. En cualquier caso, no es cierto que deba prescindirse de los principios de publicidad, transparencia y no discriminación ni que se pueda



excepcionar de la contratación pública todo servicio social, sanitario, educativo ni cultural. Conviene dejarlo mucho más claro en la guía.

Finalmente, el apartado V se ocupa de las ordenanzas, instrucciones y acuerdos generales. La referencia al Acuerdo del Consejo de Gobierno de 2008 debe entenderse en el marco de la modificación que la Instrucción 1/2019 de esta Junta sobre la inclusión de cláusulas de igualdad en la contratación pública, que va a ser el vehículo de modificación de dicho Acuerdo.

Respecto al resto de normas citadas, conviene señalar que algunas de ellas han sido objeto de impugnación y que la doctrina y jurisprudencia, como hemos venido insistiendo a lo largo de este informe, tienen aún un largo camino por recorrer en la delimitación de las cláusulas sobre todo de tipo sociolaboral que pueden aceptarse. Y por otro lado, conviene recordar que en la elaboración de todas aquellas que provengan del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi e incidan en la contratación pública es preceptivo el informe de esta Junta.

## **V.- CONCLUSIONES.**

Dicho todo ello, y esperando se atiendan en su totalidad las precisiones y observaciones aquí vertidas, se informa favorablemente el borrador de Guía.