



INFORME 2/2024, DE 29 DE FEBRERO, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

OBJETO: PROPUESTA DE ACUERDO DE APROBACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN SOBRE INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y CLÁUSULAS PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI.

I.- ANTECEDENTES.

En sesión celebrada el día 29 de abril de 2008, el Gobierno Vasco adoptó el Acuerdo 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.

Posteriormente, el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 19 de junio de 2018 aprobó el “VII Plan para la Igualdad de Mujeres y Hombres en la CAE”, dentro del Programa de Gobierno para la XI legislatura, cuya elaboración responde a un mandato de carácter legal establecido por la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, en la que se establece la elaboración de un Plan de Igualdad en cada legislatura y que el Gobierno Vasco debe aprobar.

Igualmente, el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 27 de noviembre de 2018 aprobó la “Estrategia y el Plan Operativo de Acción para reducir la Brecha Salarial en Euskadi”, que fija como meta que Euskadi se sitúe para el año 2030 entre los cinco países europeos con menor brecha salarial.

Consecuencia de lo anterior y por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 5 de marzo de 2019 se aprobó la Instrucción sobre incorporación de cláusulas para la igualdad retributiva de mujeres y hombres y medidas contra la brecha salarial en la contratación pública.

En nuestra Comunidad Autónoma, a nivel legislativo se aprobó la Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública, ofrece igualmente la posibilidad de introducir cláusulas de igualdad en la contratación pública.

Con fecha 28 de marzo de 2023 entró en vigor el Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y Vidas Libres de Violencia Machista contra las Mujeres, de conformidad con lo establecido en la disposición final octava de la Ley 1/2022, de 3 de marzo, de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres.

Este decreto recoge los principios generales de la actuación de los poderes públicos vascos en materia de igualdad de género, así como el conjunto de medidas dirigidas a promover y garantizar la igualdad de oportunidades y trato de mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida y, en particular, a promover el empoderamiento de las mujeres, su autonomía y el fortalecimiento de su posición social, económica y política al objeto de eliminar la desigualdad estructural y todas las formas de discriminación por razón de sexo, incluida la violencia machista contra las mujeres.

Asimismo, la Estrategia para la Igualdad de Mujeres y Hombres en la CAE 2030 concreta la actuación del Gobierno Vasco para posibilitar la aplicación efectiva del derecho a la igualdad de mujeres y hombres reconocido formalmente. Esta Estrategia, que interpela a todos los poderes



públicos vascos, da respuesta al mandato normativo establecido en el artículo 16 del el Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, Texto refundido de la Ley para la igualdad de mujeres y hombres y vidas libres de violencia machista contra las mujeres.

En este contexto, se ha elaborado una nueva Instrucción sobre incorporación de la perspectiva de género y cláusulas para la igualdad de mujeres y hombres en la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que va a dejar sin efecto la Instrucción sobre incorporación de cláusulas para la igualdad retributiva de mujeres y hombres y medidas contra la brecha salarial en la contratación pública aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 5 de marzo de 2019.

La Instrucción se elevará para su aprobación por el Consejo de Gobierno, una vez informado y aprobado por el Pleno de esta Junta.

II. – CONSIDERACIONES PREVIAS. COMPETENCIA PARA EMITIR EL INFORME.

El apartado 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, recoge entre las funciones consultivas de la Junta Asesora de Contratación Pública la de “Informar las propuestas de 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.”

Dado que se trata de una competencia no atribuida a las Comisiones de la Junta, de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 116/2016, la competencia para la aprobación de este informe corresponde al Pleno de la Junta Asesora.

III. – CONTENIDO.

La propuesta de Acuerdo recoge la aprobación de la Instrucción sobre incorporación de la perspectiva de género y cláusulas para la igualdad de mujeres y hombres en la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

La citada Instrucción se estructura en:

- Exposición de motivos
- Objeto de la Instrucción
- I. Ámbito de aplicación
- II. Definición del objeto del contrato
- III. Selección de la empresa contratista
- IV. Criterios de adjudicación

- V. Obligaciones contractuales para evitar la discriminación retributiva entre mujeres y hombres y el acoso sexual y por razón de sexo en la ejecución del contrato.
- VI. Condiciones especiales de ejecución
- VII. Cumplimiento, control y verificación de las cláusulas de igualdad

Anexo I. Fase de preparación del contrato. Diagnóstico previo de la memoria justificativa- Checklist.

Anexo II. Catálogo de criterios de adjudicación relativos a la igualdad de mujeres y hombres.

Anexo III. Catálogo de condiciones especiales de ejecución relativas a la igualdad de mujeres y hombres.

Anexo IV. Catálogo de documentos y medios a efectos de acreditar el cumplimiento de las cláusulas para la igualdad de mujeres y hombres.

IV.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Promover la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres constituye uno de los valores superiores tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea (artículos 2 y 8 del Tratado de la UE), como en el ordenamiento jurídico estatal (artículo 1.1 de la Constitución Española). Para la consecución de este fin, a los poderes públicos les corresponde promover y garantizar las condiciones para que dicha igualdad sea real y efectiva (artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española).

Así, las Directivas 23, 24 y 25, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, señalan que la contratación pública debe utilizarse en apoyo de objetivos sociales (Considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE). En esa línea, concretamente la Directiva 2014/24/UE ofrece el marco normativo general que da lugar a la introducción de cláusulas de igualdad en las diferentes fases del procedimiento de contratación pública.

Debe tenerse en cuenta también la Comunicación interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2021, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, que pretenden facilitar la integración de los aspectos sociales en los contratos públicos.

Asimismo, recientemente se ha aprobado la Directiva Europea 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, cuya fecha de transposición será no más tarde del 7 de junio de 2026. En dicha Directiva se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

En el plano estatal, el artículo 1.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, establece que en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación directa 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.

Respecto del objeto del contrato, el artículo 99.1 de la LCSP indica que “[...]se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten”.

El artículo 145 de la LCSP relativo a los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato, establece que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148.

El artículo 145.2 añade que la mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. Tales criterios cualitativos podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, las características sociales.

En este sentido, existe un mandato legal de inclusión de estos criterios sociales, pero siempre evitando los riesgos de anulación y de discriminación, así como de falta de proporcionalidad de las mencionadas cláusulas. Un medio para conseguir este objetivo serían las consultas al mercado que permitirían una contratación pública que fuera incorporando progresivamente las mejoras del mercado en la adquisición y contratación de bienes y servicios públicos.

Asimismo, el artículo 202.1 de la LCSP recoge que los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos. En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera su apartado segundo.

En el apartado 2 del artículo 202 se establece que estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social. Así, establece que:

“ (...) Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el



juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial”.

A efectos prácticos, cabe señalar que las cláusulas de igualdad pueden incluirse en todas las fases del contrato según el fin buscado y su incidencia en el objeto del contrato, como condición especial de ejecución, en los criterios de solvencia, en los criterios de adjudicación, en los criterios de desempate y dentro de las obligaciones del contratista. No obstante, a fin de eliminar los riesgos en la contratación pública resulta fundamental tener en cuenta qué es lo que se quiere contratar y los destinatarios de los contratos, cuál es la finalidad perseguida y en qué fase del procedimiento de licitación se incluye.

Igualmente, en la medida que estas cláusulas suponen obligaciones contractuales fundamentales, se recomienda establecer un sistema de control del cumplimiento de la concreta cláusula que se recoja en los pliegos y asignar esta función de control y verificación al responsable del contrato, de manera que, ante un incumplimiento, se inicie el procedimiento de imposición de sanciones, penalidades o resolución del contrato, con la suficiente seguridad jurídica, celeridad y eficiencia.

Resulta de interés el Informe relativo al Expediente 38/2022, de 29 de julio de 2022, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, relativo a la validez de cláusulas sociales, en el que se admite el uso de cláusulas de tipo social como criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución del contrato en los Considerandos 3, 37 y 104 exigiendo, por un lado, que su empleo se haga de una forma que garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos y, por otro lado, que estén vinculadas al objeto del contrato, lo que comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización, pero no los requisitos relativos a la política general de la empresa.

Por tanto, la vinculación con el objeto del contrato de este tipo de cláusulas sociales introducidas en los pliegos como criterios de adjudicación sólo concurre cuando la presencia del criterio de adjudicación contribuye a la mejora de la prestación objeto del contrato y puede ser valorada en términos de rendimiento del contrato.

Igualmente, cabe destacar el Informe 10/2023, de 24 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, conforme al cual, para que un criterio de carácter social o medioambiental pueda considerarse criterio de adjudicación, deberá estar vinculado al objeto del contrato, debe ser específico y cuantificable objetivamente, debe respetar los principios del derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento, debiendo publicarse y por tanto no puede generalizarse. De modo que si no es posible evaluar en qué medida un criterio de adjudicación mejora el rendimiento del contrato y no permite una evaluación comparativa del nivel

de rendimiento de cada oferta, no se podrá incluir en los pliegos de cláusulas administrativas como criterio de adjudicación.

Asimismo, en el Acuerdo de 8 de julio de 2021 de Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Bizkaia, se recoge que la inclusión de la mejora de las condiciones salariales como criterio de adjudicación en el contrato debe estar vinculada directamente al objeto del mismo, porque de no ser así dicha mejora supondría un incremento automático de su precio sin una contraprestación que redunde en un mejor rendimiento del servicio del mismo y no ha de ocasionar una ventaja injustificada a determinados operadores ni conceder ayudas, aunque sea de forma indirecta. En este sentido, exigir salarios por encima de previsiones establecidas por el convenio colectivo aplicable favorecería a contratistas con mayor capacidad económica y supondría un obstáculo para las pequeñas o medianas empresas. Por tanto, exceptuar la aplicación de la norma laboral requiere una justificación razonable y proporcional e implica concretar la necesidad de tales condiciones salariales y vincularlas con la prestación del servicio.

Por otro lado, el artículo 22.1 del Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, Texto Refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres establece que los poderes públicos vascos deberán incorporar la perspectiva de género en la contratación pública y, entre otras medidas, incluirán cláusulas para la igualdad de mujeres y hombres entre los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución, considerando especialmente la situación de las mujeres en las que concurren los factores de discriminación múltiple referidos en el último apartado del artículo 3.1. Todo ello, salvo que objetivamente se justifique que el objeto del contrato no guarda relación con la igualdad de mujeres y hombres, porque la prestación contractual no tiene impacto en la situación de mujeres y hombres, y porque no es posible incorporar este tipo de cláusulas, de conformidad con la normativa básica en materia de contratación pública.

Asimismo, en su apartado 2 establece que cuando la consideración de la perspectiva de género constituya una característica técnica del objeto del contrato, se podrá incluir expresamente una mención específica a la igualdad de mujeres y hombres en la definición de dicho objeto.

Igualmente, los poderes públicos vascos excluirán del procedimiento de contratación a las personas físicas y jurídicas que incurran en los supuestos de prohibición de contratar establecida por legislación básica del Estado, entre los que se encuentran: no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad, y la comisión de delitos o sanciones firmes por infracción muy grave en materia de igualdad de mujeres y hombres.

En el apartado 4 del mencionado artículo 22 del Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo se recoge que en el caso de que el objeto contractual requiera aptitudes específicas en materia de igualdad de mujeres y hombres, se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos o formación en materia de igualdad de mujeres y hombres, conforme a lo establecido en la normativa de contratación pública. Añade en su apartado 5 que *“salvo que objetivamente se justifique que el objeto del contrato no guarda relación con la igualdad de mujeres y hombres en los términos previstos en el primer párrafo de este artículo, de conformidad con la normativa básica en materia de contratación pública, los órganos de contratación incorporarán en los pliegos de contratación:*

- a) Criterios de adjudicación para la igualdad de mujeres y hombres, cuya ponderación será al menos del 5% del total del baremo.*



b) Al menos una condición especial de ejecución relacionada con la igualdad de mujeres y hombres, más allá de la de realizar un uso no sexista en todo tipo de lenguaje e imágenes”.

A fin de favorecer la acreditación de sus condiciones de aptitud con relación a la igualdad de mujeres y hombres (artículo 22.6), en el Registro de Personas Licitadoras y Empresas Clasificadas de la Comunidad Autónoma de Euskadi se dará la opción de recoger información desglosada en función del sexo, al menos del número de:

- a) Personas titulares de las personas jurídicas y personas que componen sus órganos de administración o dirección.
- b) Personas trabajadoras y su retribución media, distribuida por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

El citado artículo en su apartado 7 recoge la obligación de verificar el cumplimiento efectivo de las cláusulas para la igualdad de mujeres y hombres establecidas en los pliegos. Para lo cual:

- a) La entidad contratista estará obligada al cumplimiento de todas las cláusulas en materia de igualdad entre mujeres y hombres, así como a acreditar su correcta ejecución de manera efectiva, presentando la documentación pertinente sin que medie requerimiento previo.
- b) En los pliegos se especificarán las consecuencias derivadas del incumplimiento de las referidas cláusulas, de acuerdo con lo previsto en la legislación sobre contratos del sector público.
- c) La unidad encargada del seguimiento y ejecución del contrato deberá verificar la documentación acreditativa relativa a la igualdad de mujeres y hombres. A estos efectos, podrá recabar asesoramiento del órgano u organismo competente en materia de igualdad de mujeres y hombres de su respectiva institución.

El artículo 41 g) del Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, Texto Refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres recoge que las administraciones públicas vascas con competencias en la materia promoverán la mejora de las condiciones laborales del personal que trabaja en los sectores feminizados en las instituciones públicas, limitando la subcontratación o, en su defecto, estableciendo cláusulas sociales en la contratación pública que garanticen condiciones de trabajo y salariales homologables a las de las categorías profesionales o actividades equivalentes en la administración pública.

En este sentido, el Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo recoge el deber de las administraciones públicas vascas de facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral a través del fomento de la corresponsabilidad de los hombres en el trabajo doméstico y de cuidado no remunerado, de la adecuación de las estructuras del empleo a las obligaciones y necesidades de la vida personal y familiar, de la provisión universal y pública de cuidados, y de prestaciones económicas y medidas fiscales, entre otras medidas.

Además, su artículo 44 d) señala que es un requisito para las empresas y organizaciones que contraten con el sector público vasco el cumplir con el principio de transparencia e igualdad retributiva entre mujeres y hombres. A tal fin, los poderes públicos vascos incluirán las cláusulas de igualdad correspondientes y establecerán los oportunos sistemas de control salarial o retributivo. Añade que, en caso de que se detecten indicios de discriminaciones retributivas, se dará un plazo a las entidades para que lo justifiquen o corrijan y, en caso de que no lo hagan, recibirán la penalidad



o consecuencia que se determine en el marco del proceso contractual correspondiente, que podría incluir la resolución del contrato.

Por último, el artículo 47.5 indica que los poderes públicos vascos actuarán de oficio ante denuncias de acoso sexual y acoso por razón de sexo. A tal efecto, deberán ponerse en marcha políticas específicas dirigidas a su personal para prevenir y erradicar el acoso en el trabajo que recogerán, entre otras medidas, las evaluaciones de riesgos psicosociales; la adopción de medidas preventivas y la elaboración y aplicación de protocolos de actuación, así como la inclusión de cláusulas en la contratación pública de acuerdo con lo establecido en el ya citado artículo 22.

Igualmente, la disposición final primera del citado Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, determina que el Gobierno Vasco debe aprobar normas o directrices en las que se indiquen pautas para el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en el referido artículo 22, teniendo en cuenta la normativa aplicable, los diferentes objetos contractuales y la convivencia o compatibilidad y coordinación con la aplicación de otras medidas públicas o criterios sociales.

El texto de la Instrucción no hace sino aplicar lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, Texto Refundido del Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, Texto Refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres, dando un impulso a la incorporación de cláusulas de igualdad de mujeres y hombres en la contratación pública.

A modo de conclusión, la mencionada Instrucción desglosa la normativa antes mencionada, con especial atención a los artículos 1.3, 71, 72, 85, 89, 90, 99, 116, 124 a 128, 145, 147, 148, 149, 157, 201 y 202 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y a los artículos 22, 41 g), 44 d) y 47.5 del Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, Texto Refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres.

V.- CONCLUSIONES.

Por lo expuesto se emite INFORME FAVORABLE al contenido de la Instrucción sobre incorporación de la perspectiva de género y cláusulas para la igualdad de mujeres y hombres en la contratación pública de la comunidad autónoma de Euskadi, para su posterior aprobación por Acuerdo de Consejo de Gobierno.