

GUIA DE CONTRACTACIÓ SOCIALMENT RESPONSABLE

Índex

1. INTRODUCCIÓ

2. MARC LEGAL

3. UN NOU PARADIGMA

4. INCORPORACIÓ DE CLÀUSULES EN LES DIFERENTS FASES DEL PROCÉS

4.1 FASE DE PLANIFICACIÓ I DE PREPARACIÓ

- 4.1.1 Planificació
- 4.1.2 Consultes preliminars del mercat
- 4.1.3 Definició de l'objecte del contracte
- 4.1.4 Plec de prescripcions tècniques
- 4.1.5 Especial referència als costos de personal
- 4.1.6 Prohibicions de contractar
- 4.1.7 Solvència tècnica

4.2 FASE DE LICITACIÓ

- 4.2.1 Criteris d'adjudicació
 - a) Novetats
 - b) Anàlisi dels articles 145 i 146 LCSP
 - c) Propostes de clàusules
 - d) Males pràctiques
 - e) Ponderació del criteri econòmic
 - f) Ponderació dels criteris tècnics
- 4.2.2 Criteris de preferència

4.3 FASE D'EXECUCIÓ

- 4.3.1 Condicions especials d'execució
 - a) Plantejament
 - b) Anàlisi de l'article 202 LCSP
- 4.3.2 Control i penalitats
- 4.3.3 Exemples

1. INTRODUCCIÓ

La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del Sector Públic (LCSP), conté un mandat exprés i transversal a les administracions públiques per tal que la contractació administrativa sigui una eina estratègica per afavorir determinades polítiques públiques comunes, derivades de la Directiva 2014/24/UE.

Aquesta Directiva obliga els poders adjudicadors a prendre les mesures necessàries per tal d'aconseguir una integració adequada de requisits mediambientals, socials i laborals en els procediments de licitació pública. La Directiva fa especial esment en la necessitat d'incloure mesures que garanteixin el compliment dels convenis col·lectius. Aquestes mesures s'han d'aplicar de conformitat amb els principis bàsics del Dret de la Unió i han de garantir la igualtat de tracte i no discriminar, directa o indirectament, els operadors econòmics i els treballadores d'altres estats membres. Aquest nou enfocament es denomina contractació pública socialment responsable.

És contractació pública socialment responsable, segons la Comissió Europea, aquella que integra aspectes socials, ètics i ambientals en els processos i fases de la contractació pública. Implica també que en la decisió de contractar l'Administració tingui en compte altres aspectes, a més de la prestació principal, relacionats amb la manera i les condicions de producció, els materials utilitzats, les conseqüències de la producció o les condicions laborals de les persones treballadores. D'aquesta manera no només se satisfà una necessitat, sinó que també es contribueix a assolir una determinada política pública.

Els objectius de la compra pública socialment responsable, que el Consell de Mallorca fa seus, són:

- Amb caràcter general:

- Fomentar les polítiques públiques de responsabilitat social a través de la compra pública
- Promoure la contractació d'empreses responsables
- Incorporar de forma transversal i preceptiva en la licitació i adjudicació de contractes l'interès públic i les necessitats ciutadanes
- Comprometre's amb l'ocupació de qualitat, la igualtat entre dones i homes, la cohesió social i l'ocupació de les persones amb dificultats d'accés al mercat laboral
- Promoure una ocupació estable i de qualitat
- Fomentar una compra pública amb criteris de comerç just

- En matèria d'igualtat entre dones i homes:

- Generar condicions laborals d'igualtat entre dones i homes en les empreses adjudicatàries
- Promoure l'accés a l'ocupació de les dones

- Afavorir la conciliació de la vida personal, familiar i laboral
- En matèria d'inserció sociolaboral de persones i col·lectius desfavorits:
 - Potenciar l'accés a l'ocupació de persones en situació o risc d'exclusió social
 - Excloure de la contractació les empreses que incompleixin l'obligació de contractar el 2% de persones amb discapacitat
- En matèria de qualitat en l'ocupació
 - Exigir que els licitadors i els contractistes compleixin els convenis col·lectius aplicables
 - Facilitar la transparència en la informació d'aspectes laborals i salarials de les persones que treballen en les empreses adjudicatàries

2. MARC LEGAL

En els inicis de la implantació de contractació socialment responsable, la Junta Consultiva de Contractació d'Aragó, en el seu informe 6/2009, de 15 d'abril, va recordar que *"la integració d'aspectes socials en els contractes públics deriva directament dels articles 1.1 i 40 de la Constitució espanyola, que proclamen l'Estat social i democràtic de Dret i prescriuen l'obligació dels poders públics de promoure les condicions favorables per al progrés social i econòmic en el marc d'una política orientada a l'ocupació. En aquest sentit la contractació administrativa, a través de la inclusió de clàusules socials, serveix d'instrument per dur a terme diferents polítiques públiques, entre les quals destaca la plena ocupació"*. Per tant, la Constitució espanyola, en un nivell molt general, seria la primera norma de referència.

Més concretament, la norma de referència és la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del Sector Públic (LCSP), per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014.

Es mantenen en vigor les disposicions legals i reglamentàries en tant no contradiguin la nova Llei, en concret:

- Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les Administracions públiques
- Reial Decret 817/2009, pel qual es desenvolupa parcialment la Llei 30/2007 de contractes del Sector Públic.

Aplicació subsidiària:

- Llei 39/2015, del procediment administratiu comú de les Administracions públiques
- Llei 40/2015, de règim jurídic del Sector Públic

3. UN NOU PARADIGMA

La LCSP conté com objectius inspiradors aconseguir més transparència i aconseguir una millor relació qualitat-preu, principi fonamental que substitueix l'anterior d'oferta econòmicament més avantatjosa.

Aquest segon objectiu és el que fonamenta tota la regulació de la inclusió de criteris socials i mediambientals en la licitació pública:

a) S'estableix per primera vegada *"l'obligació dels òrgans de contractació de vetllar perquè el disseny dels criteris d'adjudicació permeti obtenir obres, subministraments i serveis de gran qualitat, concretament mitjançant la inclusió d'aspectes qualitatius, mediambientals, socials i innovadors vinculats a l'objecte del contracte"* (Ap. II de l'Exposició de motius LCSP).

b) Aquesta obligació es concreta a l'article 1.3 LCSP: *"En tota contractació pública s'han d'incorporar **de manera transversal i preceptiva** criteris socials i mediambientals sempre que tinguin relació amb l'objecte del contracte, **en la convicció que la seva inclusió proporciona una millor relació qualitat-preu en la prestació contractual**, així com una major i millor eficiència en la utilització dels fons públics. També s'ha de facilitar l'accés a la contractació pública de les petites i mitjanes empreses, així com de les empreses d'economia social"*.

c) S'ordena que els plecs de clàusules administratives particulars han d'incloure, entre d'altres qüestions, *"les consideracions socials, laborals i ambientals que s'estableixin com a criteris de solvència, d'adjudicació o com a condicions especials d'execució..."* (art. 122 LCSP) com a obligació transversal a tots els tipus contractuals i a tots els procediments de licitació.

Se supera la limitació establerta fins ara que la vinculació dels criteris socials havia de ser directa amb l'objecte del contracte. A partir d'ara, el model és que s'entén vinculat a l'objecte del contracte qualsevol criteri que es refereixi o integri les prestacions que s'hagin de dur a terme en virtut del contracte, en qualsevol dels seus aspectes i en qualsevol etapa del seu cicle de vida.

4. INCORPORACIÓ DE CLÀUSULES EN LES DIFERENTS FASES DEL PROCÉS

La incorporació de clàusules de contractació socialment responsable ha de complir amb els principis fonamentals de la contractació: principi de concurrència, llibertat d'accés, de publicitat, de transparència, de no discriminació i d'igualtat de tracte.

Ha d'existir una vinculació entre la clàusula i l'objecte del contracte en els termes que planteja el nou paradigma de relació qualitat-preu, que pot donar-se en qualsevol dels aspectes i en qualsevol de les fases del contracte.

Hi ha d'haver una proporcionalitat entre la clàusula, l'objecte del contracte, el sector d'activitat, la finalitat, el contingut i la durada del contracte i el preu.

L'òrgan de contractació ha de seleccionar les clàusules de contractació socialment responsable més adients al contracte i la fase en què és més convenient incloure-les. Això implica fer una avaluació prèvia i tenir en compte el cost que pugui suposar en el pressupost de licitació.

Totes les licitacions del Consell de Mallorca i dels seus organismes autònoms han d'incloure una o més clàusules de contractació socialment responsable. Quan sigui absolutament impossible fer-ho, l'òrgan gestor impulsor de la contractació ha d'informar dels motius pels quals no es pot fer.

4.1 FASE DE PLANIFICACIÓ I DE PREPARACIÓ

4.1.1 Planificació

Abans del darrer trimestre de cada exercici, els departaments han d'haver identificat els contractes que s'hagin de licitar en l'exercici següent de manera que durant el darrer trimestre puguin analitzar-ne el contingut i les característiques, conjuntament amb l'Oficina de Responsabilitat Social, i definir les consideracions socials o mediambientals més escaients.

En cas que al llarg de l'any sorgeixin necessitats noves de contractació, aquesta planificació i estudi de les consideracions socials i mediambientals més escaients es farà conjuntament en el moment previ a l'elaboració dels plecs de prescripcions tècniques.

4.1.2 Consultes preliminars del mercat

En les matèries objecte d'aquesta guia, el procediment regulat a l'article 115 LCSP serveix per:

- Fixar els criteris de solvència o d'adjudicació i la incidència en la baremació per identificar la millor oferta.
- Conèixer si el contracte que es proposa licitar, o el seu objecte, o un de similar, ja existeix en el mercat.
- Configurar adequadament la definició de les prestacions per adequar millor les consideracions socials i mediambientals aplicables.
- Assegurar-se, especialment si es tracta d'un contracte innovador o que es licita per primera vegada, que hi ha operadors al mercat.
- Millorar la relació qualitat-preu.

Pregunta: Hi ha contradiccions entre aquest article i l'article 70 LCSP sobre condicions especials de compatibilitat i participació posterior en la licitació?

Resposta: No, sempre que es prenguin totes les mesures necessàries per no falsejar la competència.

Per tant:

- l'objecte del contracte no s'ha de definir en termes tan concrets que les característiques del qual corresponguin només a un dels consultats
- els resultats s'han de concretar en característiques genèriques, exigències generals o fórmules abstractes
- no ha de suposar cap tipus d'avantatge en l'adjudicació

4.1.3 Definició de l'objecte del contracte

En els contractes del sector públic es pot incloure qualsevol pacte, clàusula i condició, sempre que no siguin contraris a l'interès públic, a l'ordenament jurídic i als principis de bona administració (art. 34.1 LCSP).

L'objecte del contracte ha de ser determinat. Aquest objecte es pot definir segons les necessitats o funcionalitats concretes que es pretenen satisfer (Art. 99 LCSP).

Per definir d'una manera més social qualsevol obra, servei o subministrament que el Consell de Mallorca vulgui licitar és necessari:

- Definir l'objecte contractual amb criteris socials.
- Estimar el personal necessari i la seva qualificació.
- Calcular el preu de conformitat amb els costos laborals i indicar el conveni col·lectiu o les condicions laborals que s'aplicaran a la plantilla.
- Fer consultes preliminars.
- Elaborar els plecs amb la col·laboració d'altres departaments, àrees o serveis (igualtat, economia, medi ambient, serveis socials, etc.).
- Incorporar mesures que afavoreixin les petites i mitjanes empreses.
- Dividir els contractes en lots i reservar-ne a centres especials d'ocupació, empreses d'inserció o d'economia social.
- Avaluar la idoneïtat del contracte per a polítiques de gènere, d'inserció o de qualitat en l'ocupació, o de la combinació de totes o algunes d'elles.
- Preveure els sistemes de control, de seguiment, de verificació i de penalització.

Adicionalment, s'ha de valorar la possibilitat que ofereix l'article 99 LCSP de deixar sense tancar l'objecte del contracte a una solució única i que aquest article considera especialment adequat *"en els contractes en què es consideri que es poden incorporar innovacions tecnològiques, socials o ambientals que millorin l'eficiència i sostenibilitat dels béns, obres o serveis que es contractin."*

S'ha de tenir sempre present que la regulació de la relació de les consideracions socials i mediambientals i la vinculació directa amb l'objecte del contracte que fa la

LCSP permet superar les interpretacions restrictives fetes pels diferents tribunals de recursos contractuals i juntes consultives de contractació. L'article 145.6 LCSP transposa literalment la redacció de la Directiva 2014/24/UE, que recollia la jurisprudència comunitària en aquesta matèria.

La regla sobre la qual es basa el nou model és que *"es considerarà que un criteri d'adjudicació està vinculat a l'objecte del contracte quan es refereixi o integri les prestacions que s'hagin d'efectuar en virtut del contracte esmentat, en qualsevol dels seus aspectes i en qualsevol etapa del seu cicle de vida, inclosos els factors que intervenen en els processos següents:*

- a) en el procés específic de producció, prestació, comercialització de, si s'escau, les obres, els subministraments o els serveis, amb especial referència a formes de producció, prestació o comercialització mediambiental i socialment sostenibles i justes;*
- b) o en el procés específic d'una altra etapa del seu cicle de vida, fins i tot quan els factors esmentats no formin part de la seva substància material."*

Per tant, ja no és necessari jurídicament que aquesta consideració social o mediambiental aparegui de forma expressa en el títol del contracte.

PROPOSTA: A efectes pràctics i de justificació de la necessitat de la contractació, es recomana afegir a la memòria justificativa un punt que faci referència a les prioritats, objectius, mandats que té el Consell de Mallorca en relació a la temàtica en què s'hagi decidit incidir (igualtat de dones i homes, inserció laboral, qualitat en l'ocupació, etc.).

Pregunta: Què passa amb l'exigència de referenciar l'objecte del contracte al vocabulari comú de contractes públics (CPV)?

Resposta: D'acord amb l'Informe 16/2015 de la Junta Consultiva de Contractació d'Aragó, *"res impedeix una precisió social de l'objecte del contracte, atès que fent-ho no queda afectada la regla de transparència pretesa pel CPV. La concreció social no desnaturalitza ni amaga l'objecte principal de la prestació, ni implica una barrera d'entrada contrària a la funció del CPV. La fixació del codi CPV complirà l'obligació de facilitar el coneixement de la licitació, i l'operador interessat que hagi localitzat la licitació per cerca CPV podrà comprovar fàcilment l'existència d'aquest perfil social de l'objecte i, en funció d'aquest, decidirà si presenta o no la seva oferta"*.

Pregunta: Es poden introduir consideracions socials o mediambientals en els contractes menors?

Resposta: Sí. Tot i que no és preceptiva l'elaboració de plecs de prescripcions tècniques ni de clàusules administratives, l'expedient de contracte menor ha de contenir una memòria que en fixi l'objecte, les condicions i les especificacions tècniques. Aquest document ha de preveure l'existència d'alguna consideració social

o mediambiental. En cas que no sigui possible, se n'ha d'argumentar l'excepcionalitat.

4.1.4 Plec de prescripcions tècniques:

A) CRITERIS GENERALS.

L'article 124 LCSP recorda que és en el plec de prescripcions tècniques particulars on s'han de definir *"les qualitats, les condicions socials i ambientals, de conformitat amb els requisits que per a cada contracte estableix la llei..."*.

D'acord amb l'article 125 LCSP, són també prescripcions o especificacions tècniques:

a) en el contracte d'obres, *"els procediments d'assegurament de la qualitat, l'impacte social, laboral, ambiental i climàtic dels materials, productes o activitats esmentats que es desenvolupin durant la seva elaboració o utilització, el disseny per a totes les necessitats (inclosa l'accessibilitat universal i el disseny universal o disseny per a totes les persones)"*

b) en els contractes de subministrament i serveis: les que defineixen les característiques exigides, com ara *"els nivells de qualitat, els nivells de comportament ambiental i climàtic, el disseny per a totes les necessitats (inclosa l'accessibilitat universal i el disseny universal o disseny per a totes les persones)"*.

Una vegada que s'ha decidit l'objecte del contracte, l'òrgan gestor té llibertat per definir-ne les especificacions tècniques (sempre respectant el principi de no discriminació). Si l'objecte del contracte es defineix amb criteris socials o mediambientals, el plec de prescripcions tècniques és el document clau. Igual que es defineixen tota la resta de prestacions que s'exigiran a l'empresa adjudicatària, s'han de definir amb la mateixa concreció les socials i les mediambientals.

B) ACCESSIBILITAT I DISSENY UNIVERSAL

Qualsevol contractació que estigui destinada a ser utilitzada per persones físiques (tant públic en general com personal del Consell de Mallorca i organismes autònoms) s'ha de redactar tenint en compte:

- la Convenció de les Nacions Unides sobre el dret de les persones amb discapacitat. L'article 9 de la Convenció regula les mesures que han d'adoptar els estats membres per assegurar l'accés de les persones amb discapacitat, en igualtat de condicions amb les altres, a l'entorn físic, el transport, la informació i les comunicacions, inclosos els sistemes i les tecnologies de la informació i les comunicacions, i a altres serveis i instal·lacions oberts al públic o d'ús públic, tant en zones urbanes com en rurals.

- els criteris d'accessibilitat universal i de disseny universal o disseny per a totes les persones, en els termes de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i la seva inclusió social (Reial decret legislatiu 1/2013, de 29 de novembre), que trasllada a l'ordenament jurídic espanyol els drets que regula la Convenció de les Nacions Unides.

El disseny universal o disseny inclusiu és un paradigma del disseny que dirigeix les seves accions al desenvolupament de productes i entorns de fàcil accés per al major nombre de persones possible, sense la necessitat d'adaptar-los o redissenyar-los d'una forma especial.

S'ha de tenir present que ambdós conceptes es refereixen tant a criteris físics (per exemple, eliminació de barreres arquitectòniques) com funcionals (per exemple, webs accessibles a persones amb discapacitats auditives o visuals) i que s'han d'entendre com a una oportunitat per millorar les condicions de vida del conjunt de tota la població (persones grans, persones amb mobilitat reduïda, persones amb discapacitat física, motora, sensorial, intel·lectual i mental) per eliminar les barreres a les activitats quotidianes vinculades al transport, i al sistema de mobilitat, a l'entorn urbà o als seus edificis i equipaments, a les TIC i a les activitats culturals i d'oci.

PROPOSTA: L'òrgan gestor, en funció de l'objecte del contracte, ha de decidir si exigeix que les empreses licitadores de serveis a persones o que hagin de tenir instal·lacions obertes al públic en la prestació d'un servei titularitat del Consell de Mallorca siguin accessibles o apliquin criteris de disseny universal, ja sigui en les prescripcions tècniques o com a condició especial d'execució, o si ho valora com a criteri d'adjudicació.

C) MEDI AMBIENT

Sempre que l'objecte del contracte afecti o pugui afectar el medi ambient, la LCSP remet als criteris de sostenibilitat i protecció ambiental dels articles 3 i 4 de la Llei 16/2002, d'1 de juliol, de prevenció i control integrats de la contaminació, norma que està derogada i ha estat substituïda pel Reial decret legislatiu 1/2016, de 16 de desembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de prevenció i control integrats de la contaminació. Les remissions s'entenen fetes a aquest Reial decret legislatiu.

Aquesta Llei té per objecte evitar o, quan això no sigui possible, reduir i controlar la contaminació de l'atmosfera, de l'aigua i del sòl mitjançant l'establiment d'un sistema de prevenció i control integrats de la contaminació, amb la finalitat d'aconseguir una protecció elevada del medi ambient en el seu conjunt.

Regula la denominada Autorització ambiental integrada, que defineix com *"la resolució escrita de l'òrgan competent de la comunitat autònoma en què s'ubiqui la instal·lació, per la qual es permet, a l'efecte de la protecció del medi ambient i de la salut*

de les persones, explotar la totalitat o part d'una instal·lació, en determinades condicions destinades a garantir que aquesta compleix l'objecte i les disposicions d'aquesta Llei”.

PROPOSTA: En aquelles instal·lacions en què sigui obligatori disposar de l'autorització ambiental integrada, exigir-la per poder presentar-se a les licitacions. Quan no sigui obligatòria, considerar alguna de les característiques que s'exigeixen per obtenir-la com a referència per definir les prescripcions tècniques, incloure-les com a condicions especials d'execució o valorar-les com a criteris d'adjudicació.

El RDL 1/2016 fa el següent llistat de qüestions a tenir en compte per obtenir l'autorització ambiental integrada, respecte del funcionament de les instal·lacions:

- a) Que s'adoptin les mesures adequades per prevenir la contaminació, particularment mitjançant l'aplicació de les millors tècniques disponibles.
- b) Que es fomenti la prevenció en la generació dels residus o, si s'escau, que aquests es gestionin amb l'ordre de prioritats que disposa la jerarquia que estableix l'article 8 de la Llei 22/2011, de 28 de juliol, de residus i sòls contaminats, a saber: prevenció, preparació per a la reutilització, reciclatge i altres tipus de valorització, inclosa la valorització energètica. En cas que tampoc no sigui factible l'aplicació dels procediments esmentats, per raons tècniques o econòmiques, els residus s'eliminen de manera que s'eviti o es redueixi al màxim la seva repercussió en el medi ambient.
- c) Que s'utilitzi l'energia, l'aigua, les matèries primeres i altres recursos de manera eficient.
- d) Que s'adoptin les mesures necessàries per prevenir els accidents greus i limitar-ne les conseqüències en la salut de les persones i el medi ambient, d'acord amb la normativa aplicable.
- e) Que s'estableixin les mesures necessàries per evitar qualsevol risc de contaminació quan cessi l'explotació de la instal·lació i perquè el lloc on s'ubiqui quedi en un estat satisfactori d'acord amb la normativa aplicable.

D) ETIQUETES

Per facilitar la introducció en un contracte consideracions socials o mediambientals, l'article 127 LCSP regula expressament les etiquetes socials i ecològiques i les considera com a mitjà de prova objectiu i verificable, que garanteix la lliure concurrència, la igualtat de tracte i la no discriminació en el procediment de licitació.

Poden introduir-se en les especificacions tècniques, en els criteris d'adjudicació o en les condicions d'execució del contracte, si bé per la incidència que tenen en la determinació d'un objecte social o mediambiental i perquè la pròpia LCSP les introdueix sota l'epígraf Plecs de clàusules administratives i de prescripcions tècniques, les introduïm en aquest punt.

La possibilitat d'exigir etiquetes està avalada per la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE), com en la sentència de 10 de maig de 2012, en

l'assumpte C-368/10. La redacció de l'article 127 LCSP és reflex d'aquesta jurisprudència.

Les principals etiquetes existents estan relacionades amb l'agricultura o la ramaderia ecològiques, el comerç just, la igualtat de gènere o les que garanteixen el compliment de les convencions fonamentals de l'Organització del Treball.

No obstant això, els òrgans de contractació no poden exigir una etiqueta específica, sinó que han d'admetre qualsevol altra etiqueta, o productes o serveis que no la tinguin, sempre que les seves característiques mediambientals i les condicions en què han estat produïts i adquirits siguin equivalents als requisits fixats pel poder adjudicador.

PROPOSTA:

- Examinar els subcriteris de les etiquetes o certificacions i utilitzar com a especificacions tècniques aquells que estiguin vinculats a l'objecte del contracte i no fer una còpia íntegra de totes les especificacions tècniques de l'etiqueta o de la certificació.
- Tenir en compte el tipus i la grandària de les empreses potencialment licitadores de manera que les exigències tècniques no suposin una discriminació de facto per a les petites i mitjanes empreses.

Relació, a títol no exhaustiu, d'etiquetes i certificacions existents:

- Comerç just: Associació Internacional de Comerç Just (WFTO); Fairtrade.
- Igualtat entre dones i homes: Igualtat en l'Empresa, marca d'excel·lència que concedeix el Ministeri competent en matèria d'igualtat.
- Discapacitat: segell Bequal.
- Responsabilitat social: Certificació SA 8000; Certificació OHSAS 18001; Certificació ISO 26000; Certificació TCO; Certificació SGE21.
- Producció ecològica i/o sostenible: Segell Agricultura Ecològica; Segell Producció Ecològica; Ecolabel; PEFC; FSC; Cigne Blanc; Àngel Blau.
- Gestió mediambiental: EMAS.
- Eficiència energètica: Etiqueta energètica A a G; Energy Star.

Pregunta: Poden incloure's en les especificacions tècniques les condicions laborals dels treballadors que participen en el procés de producció, per exemple un salari mínim o unes condicions de treball dignes?

Resposta: No. En determinats casos poden ser considerats criteris d'adjudicació i en general, condicions d'execució del contracte.

4.1.5 Especial referència als costos de personal

L'article 122.2 LCSP introdueix una de les novetats més rellevants als efectes d'aplicació d'aquesta guia. *"Els plecs de clàusules administratives han d'incloure (...) l'obligació de l'adjudicatari de complir les condicions salarials dels treballadors de conformitat amb el conveni col·lectiu sectorial aplicable"*.

Perquè això sigui possible, *"en els contractes en què el cost dels salaris de les persones ocupades per a la seva execució formin part del preu total del contracte, el pressupost base de licitació ha d'indicar de manera desglossada i amb desagregació de gènere i de categoria professional els costos salarials estimats a partir del conveni laboral de referència"* (art. 100 LCSP). Aquesta obligació de tenir en compte els costos salarials es repeteix en els articles que defineixen el valor estimat del contracte (article 101.2 LCSP) i el preu (article 102.3 LCSP).

A efectes pràctics, aquesta obligació suposa que:

- Les memòries econòmiques o informes de preus que justifiquen el pressupost base de licitació, el valor estimat i el preu han de desglossar, amb desagregació de gènere i de categoria professional, els costos salarials sobre la base del conveni col·lectiu sectorial aplicable en el territori.
- A falta de conveni col·lectiu sectorial aplicable s'haurà de fer referència al conveni col·lectiu laboral de referència. Serà convenient en aquest cas fer una consulta al sector d'activitat que correspongui per obtenir la informació adequada i elaborar els informes econòmics i adequar el valor estimat del contracte als salaris vigents.
- Tenir els costos laborals desglossats servirà per valorar l'admissió o no d'una oferta anormalment baixa (article 149.4 en relació amb l'article 201 LCSP) si es dóna el cas. Aquest punt es desenvolupa més àmpliament al punt 4.2.1 e) d'aquesta guia.
- Permetrà a l'òrgan gestor valorar la possibilitat d'incloure com a condició especial d'execució l'obligació de pagar el salari mínim que correspongui per conveni col·lectiu i en facilitarà el seguiment. Aquest punt es desenvolupa més àmpliament al 4.3 corresponent a les condicions especials d'execució.

4.1.6 Prohibicions de contractar

L'article 71 LCSP fixa el catàleg de causes que impedeixen contractar amb el Sector Públic, que no poden ser ni modificades ni ampliades pel Consell de Mallorca,

Als efectes d'aquesta guia, interessa centrar-nos en les prohibicions següents atès que, d'acord amb l'article 72 LCSP, són prohibicions que ha d'apreciar directament l'òrgan de contractació i subsisteixen mentre concorren les circumstàncies que en cada cas les determinen.

- a) Prohibició de contractar amb empreses de 50 o més treballadors que no compleixin el requisit de que almanco el 2% dels seus empleats siguin treballadors

amb discapacitat, d'acord amb l'article 42 del Reial decret legislatiu 1/2013, de 29 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i de la seva inclusió social, en les condicions que determini el reglament.

El càlcul de la quota del 2% s'ha de realitzar de conformitat a la disposició addicional 1a del Reial decret 364/2005, de 8 d'abril, que desenvolupa la Llei 13/1982.

b) Prohibició de contractar amb empreses de més de 250 treballadors que no compleixin amb l'obligació de disposar d'un pla d'igualtat de conformitat amb el que disposa l'article 45 de la Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes.

En ambdós casos, els òrgans de contractació del Consell de Mallorca comprovaran que l'empresa proposada com a adjudicatària ha presentat la corresponent declaració responsable sobre el compliment d'aquestes obligacions. A l'efecte de comprovar l'efectiu compliment d'aquestes obligacions es proposa incloure en el plec de clàusules administratives generals la redacció següent:

PROPOSTA

La recomanació és redactar una clàusula en els plecs de clàusules administratives generals.

1. Poden contractar les persones físiques o jurídiques que no es trobin en cap de les prohibicions per contractar de l'article 71 de la LCSP.

2. Totes les empreses licitadores han de presentar una declaració responsable en què manifestin que no es troben en cap de les esmentades prohibicions per contractar, i de manera expressa han d'indicar:

- Que en el cas que l'empresa compti amb una plantilla de 50 o més persones treballadores, almanco un 2% són persones amb discapacitat
- Que en el cas que l'empresa compti amb una plantilla de més de 250 persones treballadores, ha elaborat i aplicat un pla d'igualtat per a la plantilla de l'empresa.

3. Una vegada adjudicat el contracte, i abans de la formalització, es requerirà a l'empresa adjudicatària per a què acrediti el compliment d'aquestes obligacions.

4.1.7 Solvència tècnica

Els plecs de clàusules administratives han de determinar el nivell mínim de solvència econòmica i tècnica que es considera suficient per executar el contracte i han de concretar les condicions mínimes que han d'acreditar els licitadors i l'instrument concret per fer-ho.

En concret, *“els plecs de clàusules administratives han d'incloure (...) les consideracions socials, laborals i ambientals que s'estableixin com a criteris de solvència (...)”* (article 122.2 LCSP).

Si l'objecte del contracte i les prescripcions tècniques s'han definit amb perspectiva social o mediambiental, s'ha d'exigir i comprovar que les empreses licitadores acrediten una solvència més específica, sense que en cap cas resulti discriminatòria.

Qüestions a tenir en compte:

a) En contractes d'obres (article 88.1 d) i serveis (article 90.1 f): *“En els casos adequats, indicació de les mesures de gestió ambiental que l'empresari pot aplicar en executar el contracte”*.

b) En contractes de subministrament (article 89.1 g): *“Indicació dels sistemes de gestió de la cadena de subministrament, inclosos els que garanteixin el compliment de les convencions fonamentals de l'Organització Internacional del Treball, i de seguiment que l'empresari pot aplicar en executar el contracte”*.

c) Articles 93 i 94 LCSP sobre l'acreditació del compliment de les normes de garantia de qualitat i de les normes de gestió mediambiental.

Pregunta: Es pot exigir un requisit que excedeixi el que es requereix per normativa?

Resposta: No. Seria nul de ple dret. Només es poden exigir els requisits mínims que estableix la normativa que pertorqui. Sí que es poden valorar com a criteris d'adjudicació.

EXEMPLE:

PREMIS. D'acord amb la resolució del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC) 531/2017,

“(...) els premis o reconeixements obtinguts per l'empresa que va a licitar posa de manifest la seva capacitat tècnica i per tant es pot establir com a criteri per acreditar la solvència però no com a criteri d'adjudicació”.

4.2. FASE DE LICITACIÓ

4.2.1 Criteris d'adjudicació

a) Novetats

L'article 145 LCSP introdueix algunes novetats, com a resultat del nou paradigma de valoració d'ofertes en funció de la relació qualitat-preu explicat al punt 3 d'aquest document.

El Considerant 92 de la Directiva 24/2014/UE és el punt de referència sobre el qual es basa aquest nou model.

“En avaluar la millor relació qualitat-preu, els poders adjudicadors haurien de determinar els criteris econòmics i de qualitat relacionats amb l'objecte del contracte que utilitzaran a aquest efecte. Aquests criteris han de permetre, per tant, efectuar una avaluació comparativa del nivell de rendiment de cada oferta respecte de l'objecte del contracte tal com es defineix en les especificacions tècniques. A aquest efecte, i en el context de la millor relació qualitat-preu, la Directiva inclou una llista no exhaustiva de possibles criteris d'adjudicació amb la finalitat de permetre als poders adjudicadors obtenir obres, subministraments i serveis de gran qualitat que responguin de la millor manera possible a les seves necessitats. Dins d'aquest catàleg s'inclou expressament una menció a les consideracions socials i mediambientals (...)”.

La nova redacció de l'article 145 LCSP, en relació a l'article 1.3, determina la plena legalitat de la inclusió de criteris socials i mediambientals com a criteris d'adjudicació i ha de permetre superar les interpretacions restrictives que fins ara havien fet les juntes consultives i els tribunals de recursos contractuals, sobre la relació dels criteris socials amb l'objecte del contracte.

Les novetats introduïdes són:

- S'assenyala un llistat ampli i obert de temàtiques i aspectes concrets que poden ser inclosos entre els criteris d'adjudicació i, per tant, poden ser valorats. S'eliminen les restriccions de l'anterior redacció, que exigia que estassin vinculats a necessitats pròpies dels usuaris o beneficiaris de les prestacions a contractar.
- S'ha d'entendre que la vinculació directa ha de ser amb la prestació contractual en sentit ampli, no amb l'objecte del contracte. Per evitar diferents interpretacions, l'article 145.6 LCSP defineix quan s'entén que un criteri d'adjudicació està directament vinculat a l'objecte del contracte. Poden referir-se a qualsevol dels seus aspectes i a qualsevol etapa del seu cicle de vida, i ho amplia a tot el procés específic de producció, prestació o comercialització i a una altra etapa del seu cicle de vida, fins i tot quan els factors esmentats no formin part de la seva substància material.
- No és necessari justificar que els criteris socials suposin una millor oferta en termes de preu, atès que s'ha superat el concepte d'oferta econòmicament més avantatjosa pel de millor relació qualitat-preu.

El Considerant 97 i següents de la Directiva 2014/24/UE inclouen exemples que poden ajudar a fer una millor aplicació pràctica d'aquest punt:

- Que en la fabricació dels productes no s'hagin utilitzat productes químics tòxics.
- Que els serveis es prestin utilitzant màquines eficients des del punt de vista energètic.
- Que els productes siguin de comerç just, incloent el requisit de pagar un preu mínim i una prima als productors.
- Mesures adreçades a protegir la salut del personal que participa en el procés de producció
- Mesures adreçades a afavorir la integració social de les persones desfavorides o dels membres de grups vulnerables entre les persones encarregades d'executar el contracte, per exemple, ocupació de persones aturades de llarga durada
- Oferir formació per adquirir les competències necessàries per al contracte de què es tracti, per exemple, formació per a persones aturades o joves

Molts d'aquests criteris podran ser també condicions especials d'execució i s'haurà de valorar cas per cas.

b) Anàlisi dels articles 145 i 146 LCSP

1) Regla general: Pluralitat de criteris sobre la base de la millor relació qualitat-preu. Prèvia justificació: millor relació cost-eficàcia, sobre la base del preu o cost, d'acord amb l'article 148 LCSP.

2) La millor relació qualitat-preu s'ha d'avaluar conforme a criteris econòmics i qualitatius. L'article 145.2 defineix quins elements poden ser considerats criteris qualitatius i es pot fer servir com a catàleg de criteris a seleccionar en funció del servei, obra o subministrament que es vulgui contractar.

Els criteris qualitatius que estableixi l'òrgan de contractació per avaluar la millor relació qualitat-preu poden incloure aspectes mediambientals o socials, vinculats a l'objecte del contracte en la forma que estableix l'apartat 6 d'aquest article, que poden ser, entre d'altres, els següents:

A) La qualitat, que inclou:

- el valor tècnic
- les característiques estètiques i funcionals
- l'accessibilitat, el disseny universal o disseny per a totes les persones usuàries

B) Les característiques mediambientals, que es poden referir, entre d'altres, a:

- la reducció del nivell d'emissió de gasos d'efecte d'hivernacle
- l'ús de mesures d'estalvi i eficiència energètica
- la utilització d'energia procedent de fonts renovables durant l'execució del contracte

- al manteniment o la millora dels recursos naturals que es puguin veure afectats per l'execució del contracte.

C) Les característiques socials del contracte que es refereixen, entre d'altres, a:

- el foment de la integració social de persones amb discapacitat, persones desafavorides o membres de grups vulnerables entre les persones assignades a l'execució del contracte
- en general, la inserció sociolaboral de persones amb discapacitat o en situació o risc d'exclusió social
- la subcontractació amb centres especials d'ocupació o empreses d'inserció
- els plans d'igualtat de gènere que s'apliquin en l'execució del contracte
- en general, la igualtat entre dones i homes
- el foment de la contractació femenina
- la conciliació de la vida laboral, personal i familiar
- la millora de les condicions laborals i salarials
- l'estabilitat en l'ocupació
- la contractació de més persones per a l'execució del contracte
- la formació i la protecció de la salut i la seguretat a la feina
- l'aplicació de criteris ètics i de responsabilitat social a la prestació contractual
- els criteris referits al subministrament o a la utilització de productes basats en un comerç equitatiu durant l'execució del contracte.
- l'organització, qualificació i experiència del personal adscrit al contracte que aquest hagi d'executar, sempre que la qualitat del personal esmentat pugui afectar de manera significativa la seva millor execució.

D) La comercialització i les seves condicions, que inclou:

- el servei postvenda i l'assistència tècnica
- condicions de lliurament com ara la data en què aquesta última s'ha de produir, el procés de lliurament, el termini de lliurament o execució
- els compromisos relatius a recanvis i seguretat del subministrament

3) La regla general és l'aplicació de més d'un criteri d'adjudicació que, en alguns casos, és preceptiu. Quan només se n'utilitzi un, ha d'estar relacionat amb els costos, ja sigui preu o un criteri basat en la rendibilitat.

4) Pel que fa a la utilització de criteris objectius i subjectius i la seva valoració i ponderació, la redacció actual no introdueix novetats destacables. Cal recordar, als efectes de l'aplicació d'aquesta guia, que criteris de qualitat poden ser considerats criteris objectius sempre que siguin avaluables mitjançant fórmules.

PROPOSTA: Redactar els criteris d'adjudicació referits a circumstàncies socials o mediambientals de manera que puguin ser valorats de forma matemàtica i no calgui tenir determinats coneixements tècnics per atorgar-los la puntuació. D'aquesta manera no caldrà que sigui el preu l'únic criteri objectiu i es podrà repartir la ponderació dels criteris objectius entre més criteris. Només quan l'òrgan gestor

consideri que és impossible valorar-los mitjançant xifres o percentatges s'inclouran com a criteris subjectius i se'ls atribuirà una puntuació inferior al 50%, i en cas que sigui superior, s'optarà per la solució del comitè d'experts.

COM FER-HO

1r Escollir el bloc o blocs temàtics més adequats a l'objecte del contracte: inserció laboral, gènere, economia social, medi ambient.

2n Seleccionar dels criteris i subcriteris els més adequats a l'objecte contractual i a les característiques del contracte.

3r Assignar una puntuació o ponderació específica a cada criteri o subcriteri.

4t Adaptar les escales a les característiques.

5è Puntuar mitjançant l'aplicació de fórmules per fer-los criteris objectius.

c) Propostes de clàusules

Abans de decidir quins criteris d'adjudicació socials i mediambientals són els més idonis al contracte que es licita s'ha de tenir en compte que la selecció dels criteris, la ponderació assignada i les escales concretes s'han de definir després d'analitzar el valor estimat, les característiques, el termini d'execució, les ofertes de mercat, el nivell de responsabilitat social del sector a contractar i el nombre i qualificació necessària del personal que executarà el contracte.

És més convenient triar-ne només una, que realment millori la relació qualitat-preu i que sigui fàcilment avaluable, que intentar introduir-ne tantes que en faci inviable el seguiment i l'avaluació.

S'ha de considerar sempre la possibilitat que els criteris d'adjudicació siguin un plus d'alguna de les condicions especials d'execució que s'hagin introduït.

d) Males pràctiques

De les resolucions i informes dels tribunals contractuals i de les juntes consultives es pot extreure un catàleg de criteris que no es poden tenir en compte. El canvi de normativa ha permès eliminar algunes de les reserves exposades per aquests òrgans però aquests que s'inclouen a continuació es mantenen com a males pràctiques.

- L'origen territorial d'una empresa.
- La repercussió dels beneficis derivats del contracte o la tributació en un territori concret.
- L'arrelament territorial, llevat dels casos en què es justifiqui adequadament que millora la relació qualitat-preu que l'adjudicatari disposi de seu o delegació a l'illa.
- La contractació de persones en recerca d'ocupació inscrites en una oficina concreta o en un territori concret.
- L'exigència d'una determinada conducta fiscal (no tributació en paradisos fiscals).

El Considerant 97 de la Directiva 2014/24/UE expressament senyala que no es consideren criteris vinculats directament a l'objecte del contracte tots aquells relatius a una política general de responsabilitat corporativa, ja que no són factors que caracteritzin els procés específic de producció o de prestació. Per tant, els poder adjudicadors no poden estar autoritzats a exigir als licitadors que tinguin establerta una determinada política de responsabilitat social o mediambiental de l'empresa.

En qualsevol cas, la vinculació dels criteris socials i mediambientals amb l'objecte del contracte en la forma àmplia definida en la nova LCSP s'ha d'estudiar cas a cas i s'ha de justificar adequadament en l'expedient. La doctrina i jurisprudència anteriors a l'entrada en vigor d'aquesta Llei han quedat obsoletes i s'hauran de seguir les resolucions que facin tant el Tribunal de Justícia de la Unió Europea com els tribunals i juntes consultives a mesura que es vagin pronunciant sobre el nou paradigma basat en la millor relació qualitat-preu.

e) Ponderació del criteri econòmic

L'estimació del cost del contracte i la seva ponderació pot tenir una incidència important en la consideració social d'un contracte en aspectes relacionats amb la qualitat de l'ocupació, les condicions laborals o el valor social afegit, sense oblidar que del preu de licitació també en depenen la qualitat tècnica de l'execució i els possible perjudicis que pot causar a l'interès públic la selecció d'una oferta inadequada o una incorrecta execució del contracte.

L'òrgan gestor ha de vetllar per a què els contractes que tinguin un marcat contingut social o mediambiental no quedin desvirtuats per una sobrevaloració del criteri econòmic o per l'acceptació d'ofertes anormalment baixes que no cobreixin els costos salarials.

El pas previ per evitar aquestes disfuncions és establir un preu ajustat. Per això, la LCSP permet fer servir 3 procediments:

a) El preu pròpiament dit, sense entrar a valorar cap altre aspecte. Aquest procediment hauria de ser el menys freqüent, reservat als casos en què l'òrgan gestor no té gaire llibertat per definir-lo. Per exemple, preus taxats.

b) La relació cost-eficàcia. Es poden afegir a la valoració qüestions com la rendibilitat o la vida útil.

c) El càlcul del cost de vida d'un producte. D'acord amb l'article 148 LCSP, s'entenen compresos dins del cicle de vida d'un producte, obra o servei "totes les fases consecutives o interrelacionades que se succeeixin durant la seva existència i, en tot cas:

- la recerca i el desenvolupament que s'hagi de portar a terme

- la fabricació o producció
- la comercialització i les condicions en què aquesta tingui lloc
- el transport, la utilització i el manteniment
- l'adquisició de les matèries primeres necessàries i la generació de recursos

Tot això, fins que es produeixi l'eliminació, el desmantellament o el final de la utilització.

A efectes d'una contractació socialment responsable, aquest és el procediment més efectiu per aconseguir resultats en la implantació de polítiques de compra sostenible i responsable.

PROPOSTA:

A l'hora de determinar el criteri econòmic l'òrgan gestor ha de tenir en compte les qüestions següents:

1) Ponderació del criteri econòmic. No hi ha cap obligació que sigui el criteri de major puntuació. Aquesta guia no pot establir ni uns mínims ni uns màxims, atès que dependrà de cada licitació, si bé es recomana a l'òrgan gestor que doni més valor a criteris quantitatius i no fomenti ofertes que rebaixin excessivament el preu. Una vegada que s'ha definit el pressupost de licitació, no té sentit esperar baixes per afavorir un estalvi a l'Administració, ja que s'ha d'entendre que el pressupost de licitació establert és l'adequat per al servei, obra o subministrament que es vol adquirir.

2) Establiment de fórmules d'aplicació individualitzada a cada licitació i no fórmules genèriques. L'article 146.3 només exigeix que l'elecció de les fórmules s'ha de justificar a l'expedient, però no imposa cap regla. La recomanació és fer un estudi de la fórmula més adequada o aplicar factors correctors que impedeixin que la valoració d'ofertes no mantingui la proporció entre les ofertes i els punts a repartir.

3) Incorporació dels costos laborals. Com ja s'ha dit en altres apartats, ha de constar a l'expedient la incorporació dels costos laborals al valor estimat del contracte i al preu de licitació, d'acord amb el conveni laboral sectorial, si n'hi ha, o d'acord amb el conveni laboral de referència. Es recomana establir clàusules específiques que limitin i fins i tot prohibeixin baixes sobre aquest concepte en les ofertes de les empreses licitadores.

4) Valoració de les ofertes anormalment baixes. En aplicació de l'article 149 LCSP, que obliga a establir els paràmetres objectius per identificar ofertes anormalment baixes quan s'utilitzi una pluralitat de criteris, les recomanacions són:

- Establir als plecs un llindar per sobre del qual una baixa serà considerada anormal.
- Establir expressament als plecs que en cas que una oferta sigui considerada anormalment baixa, l'òrgan de contractació demanarà justificació sobre el respecte

de les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral, i de subcontractació.

- Establir expressament als plecs que no seran justificables els preus per sota de mercat o que incompleixin les obligacions en matèria mediambiental, social o laboral de l'article 201 LCSP.

f) Ponderació dels criteris tècnics

La valoració de l'oferta tècnica no ha de ser necessàriament un criteri subjectiu. Tots aquells extrems que puguin ser valorats mitjançant xifres o percentatges obtinguts a través de la mera aplicació de fórmules establertes als plecs són considerats criteris objectius. Les recomanacions són:

- Establir un procediment de puntuació per fases i un llindar mínim de puntuació de l'oferta tècnica, de manera que un licitador que no puntuï per sobre d'aquest mínim no passi a la següent fase.

- Aplicar fórmules a la valoració de l'oferta del projecte tècnic. D'aquesta manera queda completament equiparada a la valoració de l'oferta econòmica. Si a la millor oferta econòmica se li dóna la màxima puntuació i a la resta se'ls aplica la fórmula, igualment a la millor oferta tècnica se li pot aplicar la major puntuació i a la resta la fórmula, per mantenir la proporcionalitat.

4.2.2 Criteris de preferència

A pesar que l'aplicació d'aquests criteris té molt poca incidència ja que només es poden aplicar en cas d'empat de dues o més ofertes, cal destacar que la nova LCSP els defineix amb major concreció que la norma anterior i els inclou dins l'articulat i no com a disposició addicional.

L'article 147 LCSP dóna a l'òrgan de contractació la possibilitat de decidir en els plecs quin criteri aplicar, en funció de l'objecte del contracte. En cas que l'òrgan de contractació no ho faci, al punt 2 estableix un ordre de prelación determinat.

La recomanació és que l'òrgan gestor determini en els plecs el criteri de desempat més adient per a cada contracte, en funció del seu objecte i de les finalitats socials que s'hagin considerat a l'hora de definir-lo.

L'article 24 de la Llei 11/2016, de 28 de juliol, d'igualtat de dones i homes, aplicable a totes les administracions públiques de les Illes Balears, obliga als òrgans de contractació a establir en els plecs de clàusules administratives particulars la preferència de l'adjudicació dels contractes per a les proposicions que presentin les empreses que disposin del visat que preveu l'article 40.5 d'aquesta llei o del distintiu empresarial, o bé l'acreditació equivalent en matèria d'igualtat, expedit per l'òrgan competent estatal o autonòmic. Aquesta preferència en l'adjudicació s'ha d'aplicar sempre que aquestes proposicions igualin en els seus termes les més avantatjoses des del punt de vista dels criteris que serveixen de base a l'adjudicació.

El visat a què es refereix aquest article requereix un desenvolupament reglamentari que no s'ha produït i, per tant, no es pot exigir. Pel que fa al distintiu empresarial, està desenvolupat mitjançant el Reial decret 1615/2009, de 26 d'octubre, pel qual es regula la concessió i utilització del distintiu "Igualtat en l'Empresa".

4.3 FASE D'EXECUCIÓ

4.3.1 Condicions especials d'execució

a) Plantejament

Les condicions especials d'execució són requisits específics respecte de l'execució del contracte que no incideixen en l'avaluació de les ofertes sinó que incideixen en la forma concreta de dur a terme la prestació, independentment de qui sigui l'adjudicatari.

L'article 18.2 de la Directiva 24/2014/UE és la base legal per incorporar condicions especials d'execució a les licitacions públiques. Aquest article estableix com un dels principis bàsics de la contractació pública que *"els estats membres prendran les mesures pertinents per garantir que, en l'execució dels contractes públics, els operadors econòmics compleixen les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral establertes en el dret de la Unió, el dret nacional, els convenis col·lectius o per les disposicions de dret internacional mediambiental, social i laboral"*.

Aquest article està transposat gairebé literalment mitjançant l'article 201 LCSP. A més, aquest article expressament remet al llistat de convenis internacionals en l'àmbit social i mediambiental de l'Annex V que, especialment, són de compliment obligat.

- Conveni OIT núm. 87, sobre la llibertat sindical i la protecció del dret de sindicació
- Conveni OIT núm. 98, sobre el dret de sindicació i de negociació col·lectiva
- Conveni OIT núm. 29, sobre el treball forçós
- Conveni OIT núm. 105, sobre l'abolició del treball forçós
- Conveni OIT núm. 138, sobre l'edat mínima
- Conveni OIT núm. 111, sobre la discriminació (ocupació)
- Conveni OIT núm. 100, sobre igualtat de remuneració
- Conveni OIT núm. 182, sobre les pitjors formes de treball infantil
- Conveni de Viena per a la protecció de la capa d'ozó i el seu Protocol de Montreal relatiu a les substàncies que esgoten la capa d'ozó
- Conveni de Basilea per al control de l'eliminació i el transport fronterer de residus perillosos
- Conveni d'Estocolm sobre contaminants orgànics persistents
- Conveni de Rotterdam sobre el procediment de consentiment fonamentat previ aplicable a certs plaguicides i productes químics perillosos objecte de comerç internacional i els seus tres protocols regionals.

La incorporació de condicions especials d'execució ha d'anar sempre lligada a la imposició de penalitats en cas d'incompliment, extrem que es desenvoluparà en l'apartat següent.

Les condicions especials d'execució ja venien regulades en el Text refós de la Llei de contractes del Sector Públic. Les novetats que incorpora el nou text legal són dues: una, com a conseqüència de l'ampliació del concepte de vinculació amb l'objecte del contracte, tal com ja s'ha exposat en el punt 3, un nou paradigma, i en el punt 4.1.3. L'altra novetat és que la LCSP exigeix que hi hagi almenys una condició especial d'execució en totes les licitacions.

b) Anàlisi de l'article 202 LCSP

Han de complir tots els requisits següents:

- han d'estar vinculades amb l'objecte del contracte, en el sentit ampli ja exposat
- no poden ser directament o indirectament discriminatòries
- han de ser compatible amb el dret comunitari
- han de figurar a l'anunci de licitació i als plecs
- es poden referir a consideracions econòmiques, relacionades amb la innovació, de tipus mediambiental o de tipus socials

L'article 202.2 LCSP fa una relació a títol no exhaustiu de les consideracions que es poden tenir en compte.

De tipus mediambiental:

- la reducció de les emissions de gasos d'efecte hivernacle
- el manteniment o la millora dels valors mediambientals que es puguin veure afectats per l'execució del contracte
- una gestió més sostenible de l'aigua
- el foment de l'ús de les energies renovables
- la promoció del reciclatge de productes
- l'ús d'envasos reutilitzables
- l'impuls del lliurament de productes a granel
- la producció ecològica

De tipus social:

- fer efectius els drets reconeguts en la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de les persones amb discapacitat
- contractar un nombre de persones amb discapacitat superior al que exigeix la legislació nacional

- promoure l'ocupació de persones amb dificultats especials d'inserció en el mercat laboral, en particular de les persones amb discapacitat o en situació o risc d'exclusió social a través d'empreses d'inserció
- eliminar les desigualtats entre l'home i la dona en el mercat esmentat, afavorint l'aplicació de mesures que fomentin la igualtat entre dones i homes a la feina
- afavorir una participació més alta de la dona en el mercat laboral i la conciliació del treball i la vida familiar
- combatre l'atur, en particular el juvenil, el que afecta les dones i el de llarga durada
- afavorir la formació en el lloc de treball
- garantir la seguretat i la protecció de la salut al lloc de treball i el compliment dels convenis col·lectius sectorials i territorials aplicables
- mesures per prevenir la sinistralitat laboral
- altres finalitats que s'estableixin amb referència a l'estratègia coordinada per a l'ocupació, definida a l'article 145 del Tractat de funcionament de la Unió Europea
- garantir el respecte als drets laborals bàsics al llarg de la cadena de producció mitjançant l'exigència del compliment de les convencions fonamentals de l'Organització Internacional del Treball, incloses aquelles consideracions que cerquin afavorir els petits productors de països en desenvolupament, amb els quals es mantenen relacions comercials que els són favorables com ara el pagament d'un preu mínim i una prima als productors o una transparència i traçabilitat més grans de tota la cadena comercial (comerç just)

Totes les condicions especials d'execució que formin part del contracte són exigides igualment a tots els subcontractistes que participin de la seva execució.

PREGUNTA: Es poden exigir com a condició especial d'execució actuacions concretes que no exigeixin o que superin les requerides per la normativa que sigui d'aplicació?

RESPOSTA: Sí. Per la pròpia naturalesa de les condicions especials, les obligacions que s'exigeixen han de ser superiors a les imposades directament per la normativa d'aplicació. La Junta Consultiva de Contractació d'Aragó, en el seu informe 16/2014, ho va dir clarament: *"Es tracta, en tot cas, d'incorporar al contracte condicions d'execució en matèria social que van més enllà del compliment de les establertes en les normes"*. És obvi que s'estén també la interpretació a les mediambientals i a les laborals.

Es recomana que es vagin incorporant amb prudència i progressivament. Com ja s'ha exposat en l'apartat referit als criteris d'adjudicació, és millor posar-ne només una que sigui eficient i fàcilment verificable, que varies de difícil aplicació i que generin conflictes durant l'execució del contracte. S'ha de recordar que, com s'explicarà al punt següent, les condicions especials d'execució han d'anar sempre lligades a una penalitat. Imposar-les és sempre una complicació i ineficient, especialment si la penalitat és la resolució del contracte.

Es recomana així mateix estudiar conjuntament les possibles condicions especials d'execució i els criteris d'adjudicació, de manera que puguin funcionar de manera complementària. És habitual establir una condició especial d'execució amb un llindar fàcilment assumible per tots els licitadors i posar com a criteri d'adjudicació una millora dels mínims obligatoris, de manera que aquells licitadors que aportin un major compromís tinguin major puntuació.

PROPOSTA:

Afegir a la documentació que han de presentar els licitadors un annex específic o incloure un paràgraf a un annex ja existent en què els licitadors declaren que coneixen l'existència de condicions especials d'execució i assumeixen el compromís de complir-les. Es proposa el model següent de declaració:

DECLAR que conec i accept íntegrament els continguts establerts en el Plec de clàusules de administratives que han de regir la contractació de que incorpora la o les condicions especials d'execució següents:

(...)

I MANIFEST sota la meva responsabilitat que l'empresa es compromet a complir-les.

4.3.2 Control i penalitats

Com qualsevol altra obligació del contractista, s'ha de fer un seguiment i control del compliment de les condicions especials d'execució. A més del règim general de penalitats dels articles 192 i següents LCSP, l'article 201 LCSP fa una referència especial al compliment de les obligacions en matèria mediambiental, social o laboral.

Amb caràcter obligatori, *"els òrgans de contractació han d'adoptar les mesures pertinents per garantir que en l'execució dels contractes els contractistes compleixen les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral (...)"* (article 201 LCSP).

Així mateix recorda als òrgans de contractació que tenen potestat per adoptar les mesures oportunes per comprovar, durant el procediment de licitació, que els candidats i licitadors compleixen les obligacions esmentades. Es recomana fer ús d'aquesta potestat i, en cas de dubte, fer les comprovacions abans de fer la proposta d'adjudicació.

En consonància amb la preocupació que mostra la nova Llei pel compliment de les obligacions en matèria mediambiental, social o laboral de les empreses adjudicatàries, el legislador ha considerat necessari reforçar aquesta obligatorietat i senyala que *"l'incompliment d'aquestes obligacions, i especialment els incompliments*

o els retards reiterats en el pagament dels salaris o l'aplicació de condicions salarials inferiors a les derivades dels convenis col·lectius que sigui greu i dolosa (...)" donarà lloc a la imposició de les penalitats a què es refereix l'article 192 LCSP.

PROPOSTA.

S'ha d'aplicar el règim general de penalitats, però se recomana establir una penalitat específica i ajustada per a cada condició especial d'execució que s'inclogui. Atorgar caràcter de condició essencial només a aquelles vertaderament essencials, de manera que el seu incompliment doni lloc a la resolució del contracte, d'acord amb l'article 211 f) LCSP. És convenient no abusar de la declaració de condició essencial del contracte atès que en moltes ocasions la resolució anticipada d'un contracte pot generar majors perjudicis a l'interès general, si bé s'ha d'establir un sistema prou clar i efectiu que penalitzi sempre qualsevol incompliment.

S'ha de tenir present que l'incompliment de les clàusules essencials en el contracte, incloses les condicions especials d'execució, és una prohibició de contractar (article 71.2 c) si es donen els requisits següents:

- que l'incompliment s'hagi definit en els plecs o en el contracte com a infracció greu
- que hi concorri dol, culpa o negligència en l'empresari
- que hagi donat lloc a la imposició de penalitats o a la indemnització de danys i perjudicis

4.3.3 Exemples

Aquests són exemples de clàusules recollits de plecs reals o d'instruccions semblants a aquesta.

Especialment aquells que estan extrets d'altres guies, són exemples molt generals. Es recomana aplicar-los només quan no sigui possible exigir condicions més específiques i adients a la prestació concreta. Alguns d'aquests exemples fan referència a obligacions legals. Aquesta guia pretén que les condicions especials d'execució siguin obligacions més exigents que les merament legals. Per tant, es recomana exigir només obligacions legals en casos molts concrets per assegurar que es compleix la normativa mínima quan a la pràctica pugui ser habitual no aplicar-la estrictament. En el cas dels convenis col·lectius sectorials, a la pràctica és possible despenjar-se de l'aplicació del conveni mitjançant l'aplicació d'un conveni d'empresa més restrictiu. Per evitar-ho, és convenient exigir les condicions del conveni col·lectiu sectorial als plecs com a condició especial d'execució.

Cada condició especial d'execució ha d'incloure l'indicador que es farà servir per verificar-ne el compliment.

A) Contractació de persones amb dificultats d'accés al mercat laboral:

- Compromís de contractació de tres persones perceptores de la renda mínima d'inserció per a l'execució del contracte. Aquestes 3 persones no és necessari que siguin les mateixes durant tota la durada de les obres, sinó que s'aniran contractant diferents perfils segons les necessitats.

- Si durant l'execució del present contracte s'ha de dur a terme la incorporació de nou personal, per motiu de substitució de baixes temporals de durada superior a un mes o baixes definitives del personal contractat en la categoria de netejadors, aquestes baixes s'hauran de cobrir mitjançant la contractació de persones majors de 45 anys inscrites com a demandants d'ocupació de llarga durada, amb la formació i/o titulació exigides.

- En cas d'existir subrogació de personal, les noves contractacions han d'incloure persones amb dificultats d'accés al mercat laboral fins almenys arribar al 10% de la plantilla total. El percentatge es refereix a les jornades laborals totals destinades a la neteja d'edificis i locals.

La selecció de les persones que es contractin en aplicació d'aquestes clàusules l'ha de fer l'empresa adjudicatària d'entre les persones que proposin els serveis socials, segons els perfils requerits, o directament dels serveis d'ocupació. Mai es podrà obligar a l'adjudicatari a contractar una persona determinada.

- Subcontractació de la prestació consistent en ... amb empreses d'economia social, segons es defineixen en l'article 4 de la Llei 5/2011, de 29 de març, d'economia social.

B) Igualtat de gènere

- Per tal d'afavorir la participació de la dona en el mercat de treball i la conciliació del treball i la vida familiar, se sol·licita que els serveis puguin ser prestats de manera remota almenys al 50%.

- Garantir la paritat salarial entre homes i dones i altres treballadors d'identitat o condició sexual o expressió de gènere diferent.

- Entregar un pla que detalli les mesures per prevenir, evitar i eradicar l'assetjament per raó de sexe, en relació amb el personal adscrit a l'execució del contracte. Les mesures hauran de consistir, com a mínim, en campanyes informatives que detallin què són conductes d'assetjament sexual o per raó de sexe; i la designació de persones que vetllin per un espai de treball lliure de violències masclistes o per orientació sexual o identitat de gènere.

C) Comunicació inclusiva

- En tota la documentació, publicitat, imatge o material generat amb motiu del contracte, l'empresa o entitat adjudicatària haurà d'utilitzar el llenguatge de forma no sexista, evitar qualsevol imatge discriminatòria de les dones o estereotips

sexistes i fomentar la imatge amb valors d'igualtat, presència equilibrada, diversitat, corresponsabilitat i pluralitat de rols i identitats de gènere.

- Garantir la no utilització de llenguatge o imatges sexistes, que no atemptin contra la igualtat de les persones amb diversitat funcional de qualsevol tipus, els drets de la infantesa, o que no siguin respectuoses amb la cura del medi ambient, sostenibilitat i els drets dels animals.

- Ús d'una comunicació que no incorri en qualsevol tipus de discriminació per raó d'orientació i/o identitat sexual, origen, edat, creences o altres condicions o circumstàncies personals o socials.

- En les comunicacions derivades de l'execució del contracte, evitar l'exaltació de la violència i fomentar la diversitat cultural, fugint dels estereotips negatius i perpetuadors de prejudicis.

D) Drets laborals i formació.

- L'adjudicatari ha d'impartir a les persones adscrites a l'execució una acció de formació en el termini màxim d'un mes que haurà de durar un mínim de 8 hores i tractar:

- I. Millora de l'ocupació i adaptabilitat, així com de les seves capacitats i de la seva qualificació
- II. Mesures sobre millores mediambientals en l'entorn laboral

- Obligació de no minorar les condicions laborals dels treballadors subrogats en matèria i jornada i salari i termes anualitats així com qualsevol altra millora establerta per la legislació laboral aplicable als treballadors adscrits al contracte en funció del conveni col·lectiu aplicable al presentar-se l'oferta.

- Compliment per part del contractista de totes les disposicions legals, reglamentàries i convencionals en vigor en matèria laboral, de seguretat social i de seguretat i salut en el treball aplicables a les persones treballadores vinculades al contracte. Aplicarà a tota la plantilla que executarà el contracte les condicions de treball establertes al per l'últim conveni col·lectiu sectorial i territorial vigent en què s'enquadra. En cas de que no hi hagi conveni col·lectiu o norma que el reguli, el contractista haurà d'abonar el salari degut en els primers cinc dies de mes a tot el personal que participi en l'execució del contracte.

- El contractista mantindrà la plantilla adscrita a la prestació al llarg de tota l'execució del contracte. A aquest efecte, i a l'inici del contracte haurà de manifestar via declaració responsable, el nombre de persones treballadores que ocuparà per a l'execució del contracte i la seva jornada laboral expressada en hores de treball a l'any. Si la plantilla no fos homogènia al llarg del contracte, s'haurà de presentar un calendari amb indicació concreta del nombre de persones i individualitzant la seva

jornada de treball en hores de treball per persona, i també les dates d'inici i final del contracte.

- El personal adscrit al subministrament dependrà exclusivament del contractista, el qual tindrà tots els drets i deures inherents a la seva qualitat d'empresari respecte del mateix.

- El contractista respondrà de quantes obligacions vinguin imposades pel seu caràcter d'empleador així com del compliment de quantes normes regulin i desenvolupin la relació laboral o d'un altre tipus, existent amb aquell o amb els seus subcontractistes i els treballadors d'un i altre sense que pugui repercutir contra l'administració cap multa sanció o responsabilitat que per incompliment d'alguna d'elles siguin imposables per part dels organismes competents.

- Especificar les persones concretes que executaran les prestacions contractuals i acreditar la seva afiliació a la seguretat social, prèviament a l'inici d'execució del contracte.

- Comunicar prèviament qualsevol substitució o modificació d'aquelles persones i acreditar que la seva situació laboral s'ajusta a dret.

E) Clàusules mediambientals

- L'adjudicatari aplicarà les mesures preventives necessàries per evitar la generació d'impactes mediambientals negatius durant la realització dels treballs així com les mesures d'esmena en el cas de que es produeixin.

- Reducció de paper mitjançant la posada a disposició per part de l'equip redactor d'una carpeta al núvol a la que es pugui accedir a la documentació del projecte i la utilització de signatures digitals. Les còpies físiques inevitables es faran en paper reciclat i en la mesura del possible a doble cara.

- Compromís de reciclar qualsevol residu generat durant la instal·lació muntatge i manteniment dels equips

- Retirar i reciclar el mobiliari substituït. En concret s'han de retirar:

- 77 mobles-taula auxiliar (160x80x40 cm)

- Fins un 75% de les cadires

- Fins un 75% de les taules de nit

- Fins un 75% de les taules auxiliars