



INFORME JURÍDICO. Análisis de la Instrucción del Gobierno Vasco de 2019, sobre incorporación de cláusulas para la igualdad retributiva de mujeres y hombres, a la luz de la legislación vigente, jurisprudencia y resoluciones de los Tribunales Administrativos en materia de contratación pública.

Por Eider Larrazabal Astigarraga

Profesora Adjunta (acreditada agregada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

UPV/EHU

ÍNDICE:

I. OBJETO DEL INFORME	p. 2
II. CUESTIONES A RESOLVER: ANÁLISIS, PROPUESTAS Y CONCLUSIONES.....	p. 4
 II.1. Carácter e idoneidad de la Instrucción como fuente reguladora.....	p.4
 II.2. Contenido de la Instrucción.....	p. 8
 A) Ámbito de aplicación.....	p. 8
 B) Definición del objeto del contrato.....	p. 9
 C) Especificaciones técnicas.....	p. 15

D) Selección de la empresa contratista y requisitos de capacidad	
.....	p. 25
E) Criterios de adjudicación para la igualdad de mujeres	
y hombres	p. 35
F) Condiciones especiales de ejecución para la igualdad de mujeres	
y hombres	p. 59
III. CONCLUSIONES FINALES Y ESTRATEGIA	p. 68

I. OBJETO DEL INFORME

El presente Informe es fruto de una solicitud realizada por EMAKUNDE en mayo de 2021. EMAKUNDE desea conocer en qué medida la Instrucción sobre incorporación de cláusulas para la igualdad retributiva de mujeres y hombres y medidas contra la brecha salarial en la contratación pública, de 9 de abril de 2019, es acorde con la legislación vigente, jurisprudencia y resoluciones de los Tribunales Administrativos de recursos en materia de contratación pública.

Ello porque, a la hora de aplicar dicha Instrucción, el personal técnico de las diferentes administraciones públicas vascas se ha venido encontrando con dudas, dificultades y objeciones. En este contexto, resulta conveniente realizar un análisis profundo en torno a la Instrucción 2019 del GV, concretamente, sobre las siguientes cuestiones: a) si la instrucción, como fuente, es la fuente reguladora idónea para los fines perseguidos, b) en qué medida el contenido de la Instrucción 2019 del GV respeta la legislación, jurisprudencia y resoluciones de los Tribunales Administrativos en materia de contratación pública, c) cuáles son los contenidos más controvertidos y d) cuál es la estrategia presente y futura más adecuada frente a dicha situación. Esto es, se realizará un análisis exhaustivo de la Instrucción 2019 del GV y se analizarán sus principales

controversias. A su vez, siempre que sea posible, se ofrecerán posibles soluciones y formas de hacer frente a tales objeciones.

A tal fin, una vez aclarada la cuestión de si la instrucción es la fuente idónea para regular tales contenidos o no, se procederá a analizar la Instrucción 2019 del GV punto por punto. En cada punto o fase de contratación se recoge en primer lugar lo que prevén tanto la LCSP 2017 como la Instrucción 2019 del GV al respecto, para después proceder a exponer, si es que existen, sentencias y resoluciones sobre las mismas o similares cláusulas previstas en la Instrucción. Una vez expuestas dichas sentencias y resoluciones, dentro de la misma fase de contratación, se dará paso a un análisis sobre la legalidad del contenido previsto en la Instrucción y sobre su compatibilidad con las sentencias y resoluciones presentadas.

Como podrá comprobarse a lo largo de este Informe, en materia de cláusulas de igualdad de género existen muy pocas sentencias. Son más las resoluciones de los Tribunales Administrativos las que tratan específicamente sobre este tipo de cláusulas y es por ello que, principalmente, se traen a colación y se toman como punto de referencia tales resoluciones. Principalmente, es el TACRC quien ha resuelto sobre litigios en materia de cláusulas de igualdad de género en la contratación pública, por lo que básicamente se va a proceder a analizar su línea interpretativa al respecto. Por supuesto, tal y como se verá, ello no quiere decir que sea la única línea a seguir, ni mucho menos, la más ajustada a Derecho.

En fin, desde una visión más práctica, lo que se pretende en este trabajo es, por una parte, que el personal técnico de las diferentes administraciones públicas, o cualquier persona interesa en la materia, tenga conocimiento de las objeciones que pueden llegar a presentarse a la hora de aplicar esta Instrucción, los argumentos que revisten tales objeciones y cuál sería la forma en la que la Instrucción debería de interpretarse y aplicarse para cumplir con la línea interpretativa del TACRC, puesto que es el tribunal que, hasta el momento, ha resuelto la mayoría de los litigios en relación a cláusulas de género en la contratación pública. Sin embargo, a través de este estudio, como se verá en las conclusiones, se pretende por otra parte dejar constancia de que existen otras líneas interpretativas además de las del TACRC, que harían concluir que la Instrucción 2019 del GV es, en su totalidad, del todo compatible con el marco jurídico vigente.

II. CUESTIONES A RESOLVER: ANÁLISIS, PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

II.1. Carácter e idoneidad de la Instrucción como fuente reguladora

Los órganos administrativos pueden dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones (artículo 6 LRJSP 2015). No obstante, cabe recordar que “las Instrucciones no son normas”, son instrumentos de los órganos administrativos para dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes. La instrucción carece de contenido normativo y su fundamento radica en la facultad otorgada a los órganos administrativos de dirigir la actividad de sus órganos jerárquicamente dependientes. Se trata de un acto administrativo, y no de una norma jurídica. No cabe confundir o equiparar la instrucción con un Reglamento.

La diferencia entre el acto administrativo y el Reglamento radica en que *éste es norma jurídica, y por ello susceptible de aplicación reiterada, mientras que aquél no lo es y sus efectos se producen sólo una vez, agotándose al ser aplicado. Los Reglamentos innovan el ordenamiento, mientras que los actos administrativos aplican el existente. Los reglamentos responden a las nociones de "generalidad" y "carácter abstracto" que señalan, al menos por regla general, a toda norma jurídica mientras que los actos administrativos responden, también por regla general, a lo concreto y singular. El Reglamento es revocable, mediante su derogación, modificación o sustitución, mientras que al acto administrativo le afectan los límites de revocación que impone la Ley como garantía de los derechos subjetivos a que, en su caso, haya podido dar lugar. La ilegalidad de un Reglamento implica su nulidad de pleno derecho, en tanto que la ilegalidad de un acto, sólo implica, como regla general, su anulabilidad. Es, por último, principio esencial del Estado de Derecho que las autoridades respeten en su conducta concreta las normas generales que han establecido ellas mismas en forma general ("Tu, legem patere quem ipse fecisti").*¹

¹ Sentencia núm. 280/2018, de 5 de noviembre de 2018, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

En consecuencia, la instrucciones solo pueden producir efectos en el orden interno. No pueden regular derechos y obligaciones que afecten directamente a las futuras empresas adjudicatarias. Esto es, no puede producir efectos jurídicos frente a terceras personas.

Si se observa el contenido de la Instrucción 2019 del GV se exige a los órganos de contratación que respeten lo dispuesto en dicha Instrucción en el momento de elaborar los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares de los contratos regulados en la legislación de contratos públicos. Y, en cuanto a los contratos menores y en los demás contratos en los que no sea obligatoria la elaboración y aprobación de pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas particulares, se establece que los criterios recogidos en la Instrucción se incluyan en los documentos contractuales y de preparación del contrato que en cada caso se realicen².

Si se atiende al contenido de los criterios previstos en dicha Instrucción no puede admitirse que tenga efectos meramente internos. La eficacia externa de dicha disposición es indiscutible desde el momento en que prevé criterios y condiciones especiales de ejecución de obligado cumplimiento para las empresas que resulten adjudicatarias. *Es decir, no puede asumirse que la disposición cuestionada únicamente presenta efectos internos a modo de reglamentación autoorganizativa, pues de su simple lectura se aprecia la influencia material sobre el desarrollo de los propios contratos y, lo que es más importante, sobre los propios contratistas, que pueden incluso ser sancionados por incumplir las condiciones que el clausulado recoge.*

Además, esa eficacia frente a terceros se observa nítidamente a través de una visión del conjunto normativo, pues se impone al órgano de contratación, el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas.

Esto es, la Instrucción impone a los órganos de contratación, la inclusión de ciertas cláusulas sociales en los pliegos. Por ello incide directamente en la propia contratación, pues no se puede obviar que los pliegos son actos administrativos que pueden ser impugnados por los licitadores en vía administrativa, y que los pliegos de

² Apartado I.2 de la Instrucción 2019 del GV.

cláusulas generales requieren un dictamen preceptivo previo del Consejo de Estado o del órgano de consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma³.

ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

Por lo tanto, la instrucción no es la fuente más adecuada si lo que realmente se pretende es la inclusión obligatoria de los criterios de igualdad entre mujeres y hombres en todos los procedimientos de contratación pública. Tales cláusulas sobre igualdad de género **deben ser establecidas en una fuente de carácter normativo**, esto es, en una norma, y no en un acto administrativo como lo es la Instrucción 2019 del GV.

Es más, nada obsta a que el parlamento vasco apruebe normas en dicho sentido, ya que en la medida en que nos encontramos ante una disposición que desarrolla la legislación básica del Estado en materia de contratación pública la Comunidad Autónoma del País Vasco goza de competencias a tales efectos de conformidad con el artículo 11.1.b del Estatuto de Autonomía del País Vasco⁴.

Es cierto que en este sentido hoy día contamos ya con una ley vasca sobre cláusulas sociales en la contratación pública, a saber, la Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública. No obstante, esta ley, en lo que respecta a la igualdad de mujeres y hombres, solo dispone que *los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incluir los requerimientos pormenorizados de carácter social sobre el modo de ejecutar el contrato que sean adecuados a sus características, tales como la obligación de dar trabajo a personas desempleadas de larga duración, la organización a cargo del contratista de actividades de formación para personas jóvenes y desempleadas, la adopción de medidas de promoción de la igualdad de género o de medidas de integración de las personas inmigrantes, la obligación de contratar para la ejecución del contrato a un número de personas con discapacidad superior al legalmente establecido, y otros análogos⁵*. Como puede observarse, la Ley 3/2016 solo prevé la posibilidad de introducir cláusulas de igualdad de género en la fase de ejecución del contrato, como condición de ejecución

³ Sentencia núm. 280/2018, de 5 de noviembre de 2018, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

⁴ Sentencia núm. 1154/2016, de 25 de mayo de 2016, del Tribunal Supremo. Fundamento de Derecho Tercero.

⁵ Artículo 4.1 de la Ley 3/2016.

del contrato. La misma ley esclarece a continuación que *dichos requerimientos no podrán constituir especificaciones técnicas, criterios de selección o criterios de adjudicación encubiertos ni tener carácter discriminatorio, de tal forma que cualquier licitadora o licitador dotado de solvencia técnica para la ejecución del contrato pueda cumplirlos*⁶.

Además de limitar la inclusión de cláusulas de género a la fase de ejecución del contrato, esta ley también resulta insuficiente en cuanto al contenido de dichas cláusulas ya que, como se ha visto, se realiza una mención genérica a la *adopción de medidas de promoción de la igualdad de género*, sin especificar o aportar ningún detalle sobre el tipo o modalidades de dichas medidas.

Como podrá comprobarse a lo largo de este Informe, hoy día es indiscutible la posibilidad de introducir cláusulas de género no solo en la fase de ejecución del contrato, sino también en gran parte de las demás fases de la contratación pública. Por ello, resulta necesario contar con una ley vasca que abarque la totalidad de las posibilidades existentes en dicho sentido y que, además, establezca de forma más pormenorizada las modalidades o contenido concreto de dichas medidas de igualdad de género.

A pesar de todo lo hasta aquí expuesto, podría entenderse que la Instrucción 2019 del GV viene a desarrollar el mandato legal previsto en el articulado de la LCSP 2017 y, concretamente, en la Ley 3/2016, ya que ambas normas establecen la posibilidad, en ocasiones la obligatoriedad, de introducir cláusulas de igualdad de género. No en vano la Instrucción 2019 del GV cuenta con el informe favorable de la Junta Asesora de la Contratación Pública de la CAPV y ha sido aprobada y está siendo aplicada sin objeciones al respecto, lo que nada impide que así siga haciéndose hasta llegar a un escenario idílico en el que se cuente con una ley vasca más completa en cuanto a las fases de contratación capaces de albergar dichas cláusulas y en cuanto al contenido concreto de las medidas a adoptar a través de las mismas.

⁶ Artículo 4.2 de la Ley 3/2016.

II.2. Contenido de la Instrucción

A) Ámbito de aplicación

El apartado I de la Instrucción 2019 del Gobierno Vasco dispone que:

1.– La presente Instrucción está dirigida a los órganos de contratación de la Administración General, de la Administración Institucional y demás entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

2.– Los referidos órganos de contratación respetarán lo dispuesto en la presente Instrucción en el momento de elaborar los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares de los contratos regulados en la legislación de contratos públicos.

En los contratos menores y en los demás contratos en los que no sea obligatoria la elaboración y aprobación de pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas particulares, los criterios establecidos en la presente Instrucción se incluirán en los documentos contractuales y de preparación del contrato que en cada caso se realicen.

3.– El ámbito objetivo de la presente Instrucción está constituido por los contratos públicos.

La Instrucción 2019 del GV aclara en su preámbulo que se dirige a las personas *que trabajan en las distintas Áreas de Contratación y a los órganos de contratación como tales, pero también especialmente a quienes promueven los contratos, quienes detectan y conocen las necesidades y saben mejor que nadie qué requerimientos sobre igualdad de mujeres y hombres pueden perfectamente jugar un papel en cada contratación.*

Así, en cuanto a la facultad que disponen los órganos administrativos a la hora de dirigir su actividad, cabe recordar que según el artículo 6 de la LRJSP 2015 tales órganos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. Por ende, cabe en este lugar afirmar que la aprobación de **una instrucción dedicada a tales fines por parte del Gobierno Vasco es correcta.**

Cuestión distinta es la relativa a la idoneidad de aprobar una instrucción como la aquí analizada para la temática en cuestión, tal y como se ha explicado en el apartado anterior.

B) Definición del objeto del contrato

La definición del objeto del contrato queda fuera del ámbito de la Directiva 2014/24, por lo que su regulación se encuentra directamente en la LCSP 2017. No obstante, la Comisión Europea subraya que “la primera ocasión de integrar aspectos sociales en un contrato público se presenta en la fase inmediatamente anterior a la aplicación de las Directivas pertinentes, es decir, en el momento de la elección del objeto del contrato o, simplificando, cuando se plantea la pregunta ¿que deseo construir o comprar como Administración pública?”⁷.

NORMATIVA ESTATAL

El artículo 99.1 de la LCSP 2017 establece que:

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

INSTRUCCIÓN 2019 DEL GV

Por su parte, la Instrucción 2019 del Gobierno Vasco regula esta fase de la siguiente manera:

⁷ Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, de 15 de octubre de 2001.

III. Definición del objeto contractual. La incorporación de la perspectiva de género en la definición del objeto contractual.

1. *Cuando la perspectiva de género constituya una característica técnica del objeto del contrato, se incluirá expresamente en la definición de su objeto, por ejemplo, que «Es objeto del contrato la contratación del diseño de un plan de movilidad urbana con perspectiva de género».*
2. *Asimismo, cuando la naturaleza del objeto del contrato lo permita, se incluirá en su definición la admisión de variantes relativas a la perspectiva de género.*

RESOLUCIONES

Aunque la siguiente resolución no sea una resolución específica sobre igualdad de género, la interpretación en ella recogida puede servir a modo de referencia:

- 1) Resolución nº 198/2017, del TACRC, de 2 de marzo de 2018

Se presenta un recurso en relación con el "*Contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión al Ayuntamiento de Benissa (Valencia) para cubrir la demanda de todos los puntos de conexión eléctrica, cuyo titular es el Ayuntamiento de Benissa, así como de los nuevos puntos de suministro que puedan crearse durante la vigencia del contrato*".

En el presente caso, nos encontramos con un recurso interpuesto por GAS NATURAL, contra el PCAP que rige el presente contrato, por considerar que no es conforme a la LCSP 2017, a la Directiva 2014/24/UE, ni a la doctrina de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales, en cuanto a lo dispuesto dentro de los siguientes apartados del pliego: el párrafo segundo de la cláusula primera, respecto de la inclusión como objeto del presente contrato, de la atención y reducción de la pobreza energética en el municipio de Benissa. Donde se establece literalmente lo siguiente:

"CLAUSULA PRIMERA. Objeto y calificación del contrato.

El objeto del contrato es el suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión al Ayuntamiento de Benissa para cubrir la demanda de todos los puntos de conexión eléctrica, cuyo titular es el Ayuntamiento de Benissa, así como de los nuevos puntos de

suministro que puedan crearse durante la vigencia del contrato.

Así mismo se incluye dentro del objeto del presente contrato la atención y reducción de la pobreza energética, entendida de conformidad con el art. 2.1 de la Ley 3/2017, de 3 de febrero, de la Generalitat, para paliar y reducir la pobreza energética (electricidad, agua y gas), como la situación de dificultad en que se encuentra un hogar para hacer frente al pago de su consumo energético y que conlleva una falta de acceso normalizado a los suministros de electricidad, agua, gas y otras fuentes de combustibles energéticos a propuesta de los servicios sociales municipales. (...)".

El debate de fondo es hasta dónde se puede extender el objeto del contrato con el fin de poder incluir cláusulas sociales en las diferentes fases de los procedimientos de contratación.

A la vista de todo ello, el Tribunal, como punto de partida, afirma el carácter estratégico de la nueva Directiva de contratación pública para llevar a cabo políticas de intervención en la vida económica y social, pero siempre respetando la imposición prevista en la misma Directiva de que se introduzcan de manera que se encuentren vinculadas al objeto del contrato y respeten los principios de la contratación pública, establecidos en los artículos 1 y 139 de la LCSP 2017 y 18 de la Directiva 2014/24. De ahí que no pueda predicarse de manera general e indiscriminada el objeto del contrato y de las condiciones especiales de ejecución o de los criterios de adjudicación, más allá de lo fijado en la LCSP 2017 y en la citada Directiva.

Partiendo de estas consideraciones, el Tribunal concluye que el objeto del contrato en cuestión, tal y como está definido, no se adecúa al artículo 9 de la LCSP 2017 que define los contratos de suministro, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.8 de la Directiva 2014/24.

En este sentido, no se niega que la atención y reducción de la pobreza energética pudiera aceptarse como objeto del contrato, sino que, **de hacerlo, deberían darse de forma conjunta dos elementos determinantes del objeto del contrato como son que se tratase de una prestación claramente diferenciable y que pudiera ser licitada por separado**, con el necesario correlato del precio establecido para su prestación y que la finalidad social que se persigue se satisfaga con la sola prestación que configure el objeto principal.

En el caso que se plantea, no existe para el Tribunal esa vinculación exigida entre el suministro de energía eléctrica para cubrir la demanda de todos los puntos de conexión eléctrica existentes y que se puedan crear y la solución al grave problema social de no poder hacer frente al pago de las facturas de energía que sufren las personas en situación de vulnerabilidad energética residentes en el municipio de Benissa.

Para atender esta eventualidad, se ha incluido de forma expresa en el objeto del contrato, una referencia al objetivo de "*lucha contra la pobreza energética*" , pero esta finalidad, según el TACRC, no puede operar como objeto del contrato, esto es, como una finalidad a satisfacer con el contrato de suministro, cuyo objeto ya se encuentra delimitado por el mismo texto legal en su art. 9, **sino que se puede cumplir a través de otras vías, como son el bono social o el establecimiento de algún tipo de tarifa especial, cuestiones en todo caso, ajenas al presente recurso especial de contratación.**

Con todo ello, el Tribunal aclara finalmente que no quiere restar un ápice de importancia al objetivo de lucha contra la pobreza energética, sino precisar que existen otros mecanismos, ajenos al contrato público, con los que se puede hacer efectivo, de manera que incluirlo como objeto de un contrato de suministro o como criterio de valoración de ofertas en el mismo o de condición de ejecución, no resulta conforme, a su parecer, con la LCSP 2017, ni con la Directiva 2014/24, normas en las que se impone la introducción de consideraciones sociales dentro de la contratación pública, pero siempre cumpliendo el requisito de la vinculación con el objeto del contrato de que se trate en cada caso. Tal y como indica, el objeto, ligado a su vez a la finalidad de un contrato público (ex arts. 1 y 9 de la LCSP 2017), es, en el caso, el suministro de electricidad en el municipio de Benissa, **pero la determinación de las condiciones que garanticen ese suministro a personas que se encuentran en situación de riesgo de pobreza o especial vulnerabilidad, es un objetivo de la política municipal que deberá cumplir, a tenor de lo dispuesto dentro de la DA 3^a de la Ley 3/2017, conforme manifiesta el mismo Ayuntamiento, pero deberá hacerlo por otras vías, distintas del contrato público de suministro ante el que nos encontramos.**

No se cuenta en la actualidad con jurisprudencia o resoluciones de los Tribunales Administrativos que traten de forma directa la posibilidad regulada por la Instrucción, esto es, la de incorporar cláusulas de igualdad de género en la definición del objeto contractual. No obstante, la gran mayoría de sentencias y resoluciones sobre la temática en cuestión versan sobre la vinculación de los criterios de adjudicación con el objeto del contrato, cuestión a la que se dedicará un estudio detallado más adelante.

ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

Según la LCSP 2017, es posible determinar el objeto del contrato atendiendo a criterios de igualdad y, en ciertos casos, existe la obligación (“se definirán”) de hacerlo así: cuando se estime que los criterios de igualdad pueden mejorar la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.

De la lectura de este artículo cabe apreciar que, por una parte, de modo general, queda abierta la vía –opcional- para definir el objeto del contrato sin aferrarse a una única solución y, por otra parte, establece el mandato de incorporar este tipo de “innovaciones sociales” para los casos en los que éstas mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios a contratar. Así pues, para poder incorporar criterios de igualdad de género en el objeto del contrato, la clave está en poder justificar que los mismos mejoran la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten. Sobre cuándo se entiende que se da tal mejora se hablará en el apartado dedicado a los criterios de adjudicación.

En la medida en que lo dispuesto en la Instrucción 2019 del GV vincula la opción de incluir características de igualdad de género en la definición del objeto del contrato al hecho de que la perspectiva de género constituya una característica técnica del objeto del contrato, cabe afirmar que dicha disposición cumple lo estipulado en el artículo 99.1 de la LCSP 2017. Es evidente que **cuando la perspectiva de género constituye una característica técnica del objeto del contrato, el criterio de igualdad de género a incorporar en la propia definición del objeto del contrato ayudará a mejorar la sostenibilidad y eficiencia** de los bienes, obras o servicios a contratar.

En este orden de ideas, es correcta la afirmación que realiza el preámbulo de la Instrucción 2019 del GV cuando determina que *en el propio objeto contractual ya cabe la referencia a las necesidades a satisfacer, dejando abiertas varias posibilidades de hacerlo en los contratos en los que puedan incorporarse características sociales.*

Una vez analizadas ambas normativas (LCSP 2017 e Instrucción 2019 del GV) puede concluirse que, en principio, la Instrucción objeto de análisis es compatible con la legislación estatal sobre contratación pública, no existiendo controversias entre la una y la otra. No obstante, teniendo en cuenta las argumentaciones del TACRC, para este Tribunal el objeto del contrato queda limitado por lo dispuesto en la LCSP 2017, a saber, por los artículos 5-12, pues en ellos se delimitan los diferentes tipos de contratos: de obras, de concesión de obras públicas, de gestión de servicios públicos, de suministro, de servicios, de colaboración entre el sector público y el sector privado y mixto. En este sentido, según este Tribunal, la definición del objeto del contrato debe ceñirse a lo previsto en dichos artículos, y todo aquello que no quepa explícitamente en tales definiciones no tendría lugar en la definición del objeto del contrato. Así, tal y como se desprende de sus argumentaciones, si se desea introducir la igualdad de género en la definición del objeto del contrato tendría que darse la condición de que el objeto relacionado a la igualdad de género **se trate de una prestación claramente diferenciable y que pudiera ser licitada por separado** con el necesario correlato del precio establecido para su prestación y **que la finalidad social que se persigue se satisfaga con la sola prestación que configure el objeto principal.**

Con esta interpretación, parece difícil que quepa la perspectiva de igualdad de género en la definición del objeto de los contratos de obras y suministros. Tendría cabida, principalmente, en algunos tipos de contratos de servicios (el listado de todos los servicios puede consultarse en el Anexo II de la LCSP 2017), esto es, **en aquellos en los que la igualdad de género se satisfaga con la sola prestación que configure el objeto principal.**

C) Especificaciones técnicas

Como se sabe, la solvencia técnica es el conjunto de requisitos de idoneidad que debe poseer cualquier empresa con el fin de cumplir el objeto del contrato adecuadamente. Esta solvencia puede hacer referencia también a los medios técnicos y humanos, la experiencia previa, la competencia técnica y profesional, la habilidad necesaria y la cualificación del personal necesario para ejecutar el contrato.

NORMATIVA ESTATAL

La LCSP 2017 recoge varias disposiciones en relación a la solvencia técnica y la forma de acreditar ésta. Sin embargo, en este lugar solo se traerán a colación dos disposiciones a modo de referencia general. Por un lado, el artículo 74.1 establece que *para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley*. El artículo 74.2 añade que *los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo*.

De entre los artículos que la LCSP 2017 dedica a la solvencia técnica de los diferentes tipos de contratos (obras, suministros y servicios) cabe destacar lo señalado en el artículo 90.3: *si el objeto contractual requiriese aptitudes específicas en materia social, de prestación de servicios de proximidad u otras análogas, en todo caso se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios en las referidas materias, lo que deberá acreditarse por los medios que establece el apartado 1 de este artículo*.

INSTRUCCIÓN 2019 DEL GV

La Instrucción objeto de estudio regula las especificaciones técnicas así:

IV. Especificaciones técnicas.

- 1. Los órganos de contratación incluirán en el pliego de prescripciones técnicas de todos los contratos las características técnicas del producto, obra o servicio que consideren que deben exigirse con carácter obligatorio a la empresa contratista, tanto en la elaboración de su oferta como en la ejecución del contrato, teniendo en cuenta los requisitos aplicables al producto, obra o servicio en cualquier fase del ciclo de vida del mismo. Entre dichas características técnicas se incluirán, en los términos que se señalan, los aspectos técnicos del producto, obra o servicio demandados, mencionados en el apartado siguiente de este epígrafe IV.*

Cuando se pretendan prestaciones con características específicas de tipo social se podrá exigir en las especificaciones técnicas etiquetas de tipo social, como aquellas relacionadas con la igualdad de género. No obstante, en el caso de que iniciado un procedimiento de contratación éste resultara desierto por ausencia de ofertas que cumplan las especificaciones técnicas que, sin venir exigidas por norma legal o reglamentaria, han sido contempladas en el pliego por aplicación de esta Instrucción, podrá volverse a convocar el procedimiento omitiendo las especificaciones técnicas derivadas de esta Instrucción que se han manifestado en ese concreto procedimiento impeditivas de la adjudicación del contrato.

La elaboración de las especificaciones técnicas se realizará con rigurosa observancia de los límites que para dichas especificaciones establece la legislación de contratos y, especialmente, de los principios de no discriminación y adecuación al objeto contractual o a su modo de ejecución.

- 2. En aquellos contratos en los que las características de la prestación sean adecuadas para ello, se contemplará en las especificaciones técnicas, lo siguiente:*
 - a. En todos aquellos soportes que se produzcan durante la ejecución del contrato, las empresas contratistas y subcontratistas deberán hacer un uso no sexista del lenguaje y de las imágenes.*

- b. *La realización por la empresa adjudicataria de un análisis diferenciado de la situación de mujeres y hombres en el ámbito al que se refiere el contrato y en el caso de detectarse desigualdades la elaboración de propuestas de medidas dirigidas a corregir las desigualdades.*
 - c. *La elaboración por la adjudicataria de indicadores y mecanismos de evaluación para que una vez ejecutado el contrato se pueda analizar su impacto real en mujeres y hombres y el avance efectivo hacia la igualdad.*
 - d. *La presentación al final de la ejecución del contrato de un informe con indicadores y datos desglosados por sexo del número de personas usuarias o beneficiarias de las prestaciones contratadas, de la plantilla que ha ejecutado el contrato, así como del contenido de las medidas de igualdad que se hubieran adoptado y de su impacto o incidencia.*
- 3. *En aquellos contratos cuya ejecución conlleve la realización de cursos o actividades de formación, las especificaciones técnicas del contrato contemplarán la incorporación de la perspectiva de género tanto en el diseño como en la ejecución y, en su caso, en la difusión del curso o actividad formativa. A tal efecto se considera integración de la perspectiva de género en la formación lo siguiente:*
 - a. *En el diagnóstico de las necesidades de formación y a la hora de determinar los canales de difusión de la acción formativa se tengan en cuenta las diferentes necesidades e intereses de mujeres y hombres.*
 - b. *Se adopten medidas para que, tanto entre el profesorado como entre el alumnado, exista una representación equilibrada de personas de ambos性 o al menos proporcional a su representación en el ámbito al que se refiere la acción formativa.*
 - c. *Se adopten medidas de acción positiva para facilitar la participación de mujeres en aquellas acciones formativas referidas a ámbitos en los que se encuentren infrarrepresentadas, así como en aquéllas más directamente dirigidas a la promoción profesional.*
 - d. *Se incluyan, en su caso, en los contenidos formativos los aspectos diferenciales en relación con la situación de mujeres y hombres en el ámbito al que se refiere la acción formativa.*

- e. *Se realice un uso no sexista del lenguaje y de las imágenes en los materiales que se elaboren con ocasión de la acción formativa.*
- f. *Se articulen medidas para facilitar que quienes participen en la acción formativa puedan conciliar la asistencia a la misma con sus responsabilidades personales y familiares, tales como la realización de la formación en horario laboral o el establecimiento de servicios de cuidado a personas dependientes mientras la misma se desarrolla.*
- g. *Se analicen en función del sexo los resultados derivados del sistema de evaluación de la acción formativa que en su caso se establezca, con el fin de detectar posibles diferencias que justifiquen la adopción de medidas correctoras.*

RESOLUCIONES

1) Resolución nº 456/2019, del TACRC, de 30 de abril de 2019 (sobre Distintivo de Igualdad en la Empresa)

Se presenta un recurso contra los pliegos de la licitación convocada por la Diputación Provincial de Ciudad Real para contratar el “*servicio de limpieza del edificio donde se ubican los servicios asistenciales y otros servicios de la Diputación Provincial de Ciudad Real*”.

Se impugnan los criterios de adjudicación contenidos en la cláusula 13^a del PCAP que, en sus apartados c) y d), establece como criterios para la adjudicación la posesión en vigor del Distintivo Igualdad en la Empresa (RED DIE) y del certificado de calidad ISO 9001, siendo valorados ambos con 13 y 10 puntos respectivamente.

A pesar de que el debate central de esta Resolución se centre en la admisión del Distintivo Igualdad en la Empresa y el Certificado calidad ISO 9001 como criterio de adjudicación (cuestión que se analizará debidamente en el siguiente apartado de este Informe), cabe destacar la apreciación del Tribunal en cuanto a la posibilidad de exigir este tipo de distintivos y certificados entre las exigencias de solvencia técnica:

En cuanto a los certificados de calidad, es doctrina reiterada de este Tribunal, aplicada entre otras muchas por la resolución 405/2018, y acorde con la doctrina del a Junta Consultiva de Contratación Administrativa y diversas Sentencias del TSJ de la Unión

Europea, acerca de la improcedencia de la utilización de los certificados de calidad como criterios de adjudicación de los contratos, sin perjuicio de su posible utilización como medios para acreditar la solvencia técnica de las licitadoras, como consecuencia de la existencia de dos fases diferentes en el procedimiento de contratación, destinada la primera a la comprobación de la aptitud de los licitadores para la ejecución de contrato y la segunda, en cambio, a la valoración comparativa de las ofertas presentadas, con independencia de las condiciones subjetivas de los licitadores, que han debido valorarse con antelación, por lo que debe también estimarse el recurso en este punto.

No obstante, téngase en cuenta que en esta resolución se hace referencia a “los certificados de calidad” lo que deja lugar a dudas de si entre tales certificados de calidad también se está haciendo referencia a los relacionados con la igualdad de género, esto es, a los distintivos y etiquetas relacionadas con la igualdad de género.

2) Resolución nº 1333/2019, del TACRC, de 18 de noviembre de 2019, (sobre plan de igualdad como requisito de solvencia técnica)

Se estudia un recurso contra los pliegos de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Oviedo para contratar el “*Servicio de seguridad sin armas para el Centro Ecuestre Municipal Asturcón*”, expediente CC2019/89. La licitación para la contratación se produce por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, cuyo valor estimado es de 218.981,84 euros.

AESPRI, la recurrente, indica, a este respecto, que la exigencia de un Plan de igualdad del punto 17 del Anexo IV del Pliego, relativo a la “*Declaración a los efectos de lo previsto en el artículo 140 de la Ley de Contratos del Sector Público*”, recoge las manifestaciones que debe hacer la empresa licitadora en lo que se refiere a contar con un plan de igualdad, en aplicación del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, exigiendo la elaboración de un plan de igualdad para empresas de más de 50 trabajadores. La Asociación recurrente señala que el apartado 2 del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007 se ha visto afectado por el artículo 1.1 del Real Decreto- ley 6/2019, de 1 de marzo, que establece que la referida obligación de contar con un plan de igualdad se aplicará de forma paulatina en

la forma establecida en la disposición transitoria décima segunda de dicha Ley, añadida por el artículo 1.3 del citado Real Decreto-Ley. Por todo ello, concluye la Asociación AESPRI que los pliegos pugnan abiertamente con la legalidad, restringiendo el acceso a la licitación a empresas cualificadas.

En dicho contexto, el Tribunal examina si la exigencia de disponer de un plan de igualdad que se impone en el PCAP tiene o no suficiente base legal. A su juicio, es cierto que no existe obligación legal de aprobar un plan de igualdad hasta que transcurran los periodos de tiempo que, en función del número de personas trabajadoras empleadas en cada empresa, establece la disposición transitoria décima- segunda de la Ley Orgánica 3/2007, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 6/2019.

Ahora bien, el artículo 45.3 de la citada Ley Orgánica dispone que, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, **las empresas deberán elaborar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo aplicable**. Es lo que sucede en el presente caso, dado que el artículo 8 del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad establece, en su último párrafo, que “*Todas las empresas sujetas al presente convenio deberán contar con un plan de igualdad con los contenidos establecidos en la Ley, cuyo objetivo será potenciar la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral*”. Esta previsión convencional, que cuenta con el amparo legal del artículo 45.3 de la Ley Orgánica 3/2007, justifica el mantenimiento del segundo apartado del punto 17 del Anexo IV del PCAP (que permite a las empresas licitadoras marcar la opción “*emplea a 50 o más trabajadores y en aplicación del convenio colectivo aplicable, cumple con lo establecido en el apartado 3 del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, relativo a la elaboración de un plan de igualdad*”).

Sin embargo, y dado que la exigencia legal de aprobar un plan de igualdad se ha pospuesto, en los términos previstos en la disposición transitoria décima segunda de la Ley Orgánica 3/2007, no procede el mantenimiento de la primera y de la tercera de las opciones que se ofrecen a los licitadores en el punto 17 del Anexo IV (y relativas, respectivamente a “*emplea a más de 50 trabajadores y cumple con lo establecido en el apartado 2 del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, relativo a la elaboración de un plan de igualdad*”, y “*en aplicación del apartado 5 del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la empresa no está*

obligada a la elaboración e implantación del plan de igualdad ”).

Concluye el TACRC que, en la medida en que la actual redacción del punto 17 del Anexo no se ajusta a las normas transitorias aplicables al artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, puede, por tal motivo, inducir a equívocos a las empresas licitadoras y restringir la concurrencia, por lo que procede a estimar este motivo de recurso.

ANÁLISIS Y PROPUESTAS

La Instrucción 2019 del GV hace referencia, como se ha visto, a una serie de condiciones o exigencias de solvencia, cada cual circunscrita a un supuesto específico.

En primer lugar, a tenor de la Instrucción, *cuando se pretendan prestaciones con características específicas de tipo social se podrá exigir en las especificaciones técnicas etiquetas de tipo social, como aquellas relacionadas con la igualdad de género.* En cuanto a las etiquetas relacionadas con la igualdad de género, la LCSP 2017 avala su exigencia cuando los órganos de contratación tengan la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo social, como aquellas relacionadas con la igualdad de género (artículo 127 LCSP 2017). En este sentido, la disposición contenida en la Instrucción 2019 del GV resulta acorde a la ley estatal sobre contratación pública. No obstante, debe advertirse que la LCSP 2017 condiciona la exigencia de tales etiquetas al cumplimiento de una serie de condiciones:

- a) *Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se refieran únicamente a criterios vinculados al objeto del contrato y sean adecuados para definir las características de las obras, los suministros o los servicios que constituyan dicho objeto.*
- b) *Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se basen en criterios verificables objetivamente y que no resulten discriminatorios.*
- c) *Que las etiquetas se adopten con arreglo a un procedimiento abierto y transparente en el que puedan participar todas las partes concernidas, tales como organismos gubernamentales, los consumidores, los interlocutores sociales, los fabricantes, los distribuidores y las organizaciones no gubernamentales.*

- d) Que las etiquetas sean accesibles a todas las partes interesadas.*
- e) Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta hayan sido fijados por un tercero sobre el cual el empresario no pueda ejercer una influencia decisiva.*
- f) Que las referencias a las etiquetas no restrinjan la innovación.*

De entre tales condiciones, es de subrayar la referida a la vinculación con el objeto del contrato (vinculación que también la propia Instrucción 2019 del GV reitera en la disposición objeto de análisis). Esto es, la etiqueta relacionada con la igualdad de género debe estar vinculada al objeto del contrato en cuestión y, además, ser adecuada para definir las características de las obras, suministros o los servicios requeridos. En cuanto a cuándo debe entenderse que la etiqueta está vinculada al objeto del contrato, se realizará un estudio detallado en el apartado dedicado a los criterios de adjudicación que, como se verá, sigue una interpretación muy restrictiva por parte de los Tribunales Administrativos, en especial, de la mano del TACRC. Debido a dicha interpretación, en la práctica van a ser pocos los contratos en los que pueda justificarse tal vinculación con el objeto del contrato y pueda exigirse estar en posesión de tales etiquetas.

A su vez, el mismo artículo 127 de la LCSP 2017 establece que: *Cuando una etiqueta cumpla las condiciones previstas en el apartado 2, letras b), c), d) y e), pero establezca requisitos no vinculados al objeto del contrato, los órganos de contratación no exigirán la etiqueta como tal, pero, en sustitución de esta, podrán definir las prescripciones técnicas por referencia a las especificaciones detalladas de esa etiqueta o, en su caso, a partes de esta, que estén vinculadas al objeto del contrato y sean adecuadas para definir las características de dicho objeto.* De esta forma, aunque no sea posible exigir estar en posesión de la etiqueta relacionada con la igualdad de género como tal, es posible, en sustitución de la etiqueta, definir las especificaciones técnicas haciendo referencia a las especificaciones detalladas de esa etiqueta o a partes de ésta, siempre y cuando las mismas estén vinculadas al objeto del contrato y sean adecuadas para definir las características de dicho objeto.

Por tanto, ya sea exigiendo la etiqueta como tal, o especificaciones detalladas de esa etiqueta, es obligatorio que en todo caso estén relacionadas con el objeto del contrato. Relación que, como se ha dicho, y se verá con detalle, es interpretada hoy día por parte

de los Tribunales Administrativos de forma restrictiva y convierte muy difícil la posibilidad de exigir este tipo de etiquetas o especificaciones de tales etiquetas.

En segundo lugar, la Instrucción 2019 del GV hace alusión en su apartado IV.2 a que *en aquellos contratos en los que las características de la prestación sean adecuadas para ello, se contemplará en las especificaciones técnicas, lo siguiente:* a) *En todos aquellos soportes que se produzcan durante la ejecución del contrato, las empresas contratistas y subcontratistas deberán hacer un uso no sexista del lenguaje y de las imágenes,* b) *La realización por la empresa adjudicataria de un análisis diferenciado de la situación de mujeres y hombres en el ámbito al que se refiere el contrato y en el caso de detectarse desigualdades la elaboración de propuestas de medidas dirigidas a corregir las desigualdades,* c) *La elaboración por la adjudicataria de indicadores y mecanismos de evaluación para que una vez ejecutado el contrato se pueda analizar su impacto real en mujeres y hombres y el avance efectivo hacia la igualdad y d) La presentación al final de la ejecución del contrato de un informe con indicadores y datos desglosados por sexo del número de personas usuarias o beneficiarias de las prestaciones contratadas, de la plantilla que ha ejecutado el contrato, así como del contenido de las medidas de igualdad que se hubieran adoptado y de su impacto o incidencia.*

En relación a lo aquí dispuesto por la Instrucción, ha de tenerse en cuenta el artículo 126 de la LCSP 2017, sobre “Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas”. En su primer apartado se recuerda que las prescripciones técnicas *proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.* En su segundo apartado se indica que *Las prescripciones técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, según la definición establecida en el artículo 148, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este.*

Así pues, a la hora de establecer cualquier prescripción técnica, es requisito imprescindible que las mismas estén vinculadas al objeto del contrato en cuestión y que

guarden proporción con el valor y los objetivos de éste. A pesar de que en el apartado IV.2 se haga referencia a que tales especificaciones se incorporarán *en aquellos contratos en los que las características de la prestación sean adecuadas para ello*, debe matizarse que la normativa estatal sobre contratación pública obliga a que exista vinculación entre tales especificaciones técnicas y el objeto del contrato, obligación que va más allá de la exigencia de que las características de la prestación sean adecuadas para ello.

En fin, también en este caso, a la hora de incorporar las prescripciones técnicas estipuladas en el apartado IV.2 de la Instrucción 2019 del GV (uso no sexista del lenguaje y de las imágenes, análisis diferenciado de la situación de mujeres y hombres en el ámbito al que se refiere el contrato, etc.) es indispensable que exista vinculación con el objeto del contrato, en el sentido analizado en el apartado destinado a los criterios de adjudicación de este Informe.

En tercer lugar, el apartado IV.3 de la Instrucción dispone que *en aquellos contratos cuya ejecución conlleve la realización de cursos o actividades de formación, las especificaciones técnicas del contrato contemplarán la incorporación de la perspectiva de género tanto en el diseño como en la ejecución y, en su caso, en la difusión del curso o actividad formativa. (...).* En relación a estas especificaciones técnicas debe tenerse en cuenta también lo recogido en el artículo 126 y, por ende, la incorporación de la perspectiva de género en el diseño y en la ejecución del curso o actividad formativa solamente cabe cuando esta perspectiva esté vinculada al objeto del contrato. No obstante, en la medida en que en este caso en particular se hace referencia a contratos cuya ejecución conlleve la realización de cursos o actividades de formación cabe realizar una interpretación diferente a la realizada en los puntos anteriores. Ello es así porque en materia de cursos o actividades de formación es de aplicación, de forma transversal, lo previsto en la LOI (artículos 23, 24 y 25⁸) pues resulta obligatorio introducir el principio de igualdad entre mujeres y hombres en todo el ámbito y política educativa. En este sentido, podría afirmarse que en los contratos dirigidos a la realización de cursos o actividades de formación, se encuentra dentro del objeto del contrato, de forma intrínseca, la perspectiva de género, por lo que la vinculación entre las especificaciones técnicas y el objeto del contrato quedaría respetada.

⁸ Y en el mismo sentido los artículos 28-33 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres del País Vasco.

D) Selección de la empresa contratista y requisitos de capacidad

NORMATIVA ESTATAL

Según lo previsto en la LCSP 2017, no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias.

LCSP artículo 71.1.a): haber sido condenado mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de las personas trabajadoras.

LCPS artículo 71.1.b): Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia laboral o social (de acuerdo a la LISOS 5/2000), entre otras, por ***no cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad se establezca legalmente.***

LCSP artículo 71.1.d): En el caso de empresas de más de 250 personas trabajadoras, ***no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la LO 3/2007 para la igualdad de mujeres y hombres***

Corresponde al órgano de contratación apreciar y aplicar tales prohibiciones (LCSP art. 72). En cuanto a las formas de acreditar la inexistencia de tales prohibiciones, se mencionan la declaración responsable (antes de resultar adjudicataria) y otras medidas de verificación (una vez resulte adjudicataria).

A tales efectos, hoy día, debe tenerse en cuenta el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Esta norma establece la obligatoriedad (gradual) de contar con un plan de igualdad en los siguientes términos:

- 1) Desde el 7 de marzo de 2020, todas las empresas de más de 150 personas en plantilla deben tener ya un plan de igualdad.
- 2) A partir del 7 de marzo de 2021, el plan de igualdad es obligatorio en las de más de 100 y hasta 150 personas en plantilla.

3) El último tramo se aplica el 7 de marzo de 2022: plan de igualdad obligatorio para todas las empresas de 50 o más personas en plantilla.

INSTRUCCIÓN 2019 GV

V. Selección de la empresa contratista y requisitos de capacidad.

V.1. Exclusión de quienes incurran en prohibiciones de contratar por motivos de orden social.

*Se excluirán del procedimiento de contratación las personas y empresas que incurran en prohibición de contratar establecida por ley, entre ellas, **no cumplir con la obligación, en su caso, de contar con un plan de igualdad**, las motivadas por delitos contra los derechos de las personas trabajadoras, **por sanción firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades**, o **por infracción muy grave en materia laboral o social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, o de igualdad de mujeres y hombres**.*

V.2. Apreciación de la existencia de prohibiciones de contratar relacionadas con el incumplimiento de obligaciones laborales y de carácter social.

Los órganos de contratación apreciarán directamente la existencia de prohibiciones de contratar relacionadas con el incumplimiento de obligaciones laborales y de carácter social en los casos en que así lo disponga la legislación contractual.

V.3. Experiencia, conocimientos y medios técnicos.

Si el objeto contractual requiere aptitudes específicas en materia social, de igualdad de mujeres y hombres u otras políticas públicas, en las cláusulas específicas del contrato se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios técnicos en las referidas materias que requiera su cumplimiento, conforme a lo establecido en la normativa en materia de contratación pública.

V.4. Adscripción de medios personales y materiales a la ejecución.

1. Los órganos de contratación podrán exigir en las cláusulas específicas del contrato el compromiso de la licitadora de adscribir a la ejecución del contrato los concretos medios personales y materiales que se consideren suficientes para la ejecución de los aspectos sociales del contrato. El pliego atribuirá a este compromiso el carácter de obligación contractual esencial a efectos de resolución del contrato.

RESOLUCIONES

1) Resolución nº 1232/2020, del TACRC, de 13 de noviembre de 2020 (sobre prohibiciones para contratar)

Se presenta recurso contra el Anuncio de Licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas de la licitación convocada por la Consejería de Sanidad y Salud Pública de la Comunidad Valenciana para contratar el “servicio de mantenimiento integral (preventivo, correctivo, conductivo y la gestión de estos) en los servicios adscritos a la Consejería de Sanidad y Salud Pública de la Comunidad Valenciana”.

El Anexo II del PCAP señala en su punto 7:

“7.-INCLÚYASE ESTA DECLARACIÓN SÓLO EN CASO DE EMPRESAS de más de 250 trabajadores

Que de conformidad con el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres cumple la obligación de contar con un plan de igualdad.”

La recurrente considera incorrecta la redacción del Anexo II del PCAP que contiene una declaración responsable en el punto relativo al Plan de Igualdad, dado que se estima por la recurrente la referencia a la cifra de 250 trabajadores es incorrecta debiendo indicarse 150, de acuerdo con las previsiones del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que establece un sistema de reducción progresiva del número de personas trabajadoras a las que anuda la obligación de redactar un Plan de Igualdad.

El sentido de la mención al Plan de Igualdad en la declaración responsable prevista en el Anexo II del PCAP reside en obtener una manifestación sobre la no concurrencia de la causa de prohibición de contratar contenida en el artículo 71.1 d) de la LCSP 2017.

Ante tales argumentaciones de la parte recurrente, el TACRC estima que el *citado artículo (71 LCSP 2017) no ha sido modificado por el Real Decreto-ley 6/2019, cuando podía haberlo hecho, y, que se trata de una norma sancionadora (configura una prohibición de contratar), y es limitativa de la concurrencia por cuanto que configura obligaciones mayores para concurrir a una licitación a un mayor número de licitadores (al rebajar los umbrales de trabajadores a los que se vincula la confección del Plan de Igualdad), su interpretación debe ser restrictiva.*

Lo anterior conduce a considerar ajustada a derecho la redacción del Anexo II del PCAP en este punto puesto que concuerda con el artículo 71.1 d) de la LCSP.

2) Resolución nº 1234/2020, del TACRC, de 13 de noviembre de 2020 (sobre experiencia –no en materia de igualdad–)

Se analiza un recurso presentado contra los pliegos de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Cabanillas del Campo para contratar el “*Servicio de defensa o representación del Ayuntamiento de Cabanillas del Campo en juicio para la defensa de sus intereses*”.

Entrando en el fondo del recurso, el TACRC comienza por analizar la primera cláusula del Pliego impugnada (cláusula 4.3.2). Dicha cláusula regula la solvencia técnica o profesional, exigiendo una experiencia mínima de los tres últimos años completos en la prestación de servicios que constituyan el objeto del contrato, en este caso, representación y defensa en juicio de una administración pública. Debe acreditarse además una experiencia mínima en procesos judiciales correspondientes a los órdenes jurisdiccionales de cada lote (contencioso- administrativo y social). En concreto, en el orden contencioso se exige haber intervenido en al menos 25 procesos judiciales y en el orden social en al menos 10.

Como indica el TACRC, es al órgano de contratación a quién corresponde establecer las condiciones mínimas de solvencia que exige para contratar, debiendo ser explicitadas en el anuncio y en los pliegos. La potestad, en principio discrecional, de establecer o determinar los requisitos de solvencia exigidos, se ve sometida a dos

elementos reglados: la relación de los mismos con el objeto del contrato y la proporcionalidad (entendida esta última como un elemento de ponderación entre dos intereses públicos enfrentados: la protección o maximización de la concurrencia, como principio básico de la contratación pública, y la garantía de aptitud del contratista para la correcta ejecución de la necesidad pública que se pretende satisfacer mediante la licitación).

En la resolución analizada se recuerda que la doctrina de este Tribunal viene estableciendo que es necesaria la concurrencia de ambos requisitos (relación con el objeto del contrato y proporcionalidad) a la hora de establecer los requisitos de solvencia. Así, en la Resolución nº 148/2016 de 19 de febrero.

Una vez expuestas tales premisas, en el presente caso, el TACRC considera indudable que la exigencia de experiencia previa en la prestación de servicios de representación y defensa en juicio de administraciones públicas guarda una relación directa con el objeto del contrato, siendo que únicamente se discute su proporcionalidad. Y en este punto este Tribunal considera la cláusula proporcionada.

A pesar de que la exigencia de experiencia previa en la representación y defensa en juicio, referida exclusivamente a las Administraciones Públicas introduce, indudablemente, un elemento que limita la competencia, pues se exige la adscripción al contrato de profesionales que hayan desempeñado dicha clase de servicios (bien en su condición de personas empleadas públicas, o bien en su condición de previos contratistas de la Administración) el Tribunal establece que, para considerar dicha limitación como proporcionada, **debe obedecer a una razón de garantía de aptitud del contratista para la correcta ejecución de la necesidad pública que se pretende satisfacer mediante la licitación** que, debidamente ponderada, haga justificada su introducción.

Pues bien, a su juicio, la representación y defensa en juicio de la Administración conlleva ciertas especialidades respecto del ejercicio de la misma profesión para el o la Administrada, que justifican suficientemente la exigencia introducida como garantía de aptitud.

3) Resolución nº 747/2020, del TACRC, de 26 de junio de 2020 (sobre adscripción de medios personales)

En este caso, se presenta un recurso contra los pliegos que rigen la licitación convocada por la Secretaría de Estado de Igualdad y Contra la Violencia de Género para contratar el “*Servicio 016 de información y asesoramiento jurídico en materia de violencia de género*”, expediente 202004PA0001.

Es un contrato de servicios que tiene por objeto la prestación del servicio del 016 de información y asesoramiento jurídico en materia de violencia de género. Se trata de un contrato de servicios del objeto señalado, con una duración de un año, prorrogable hasta cuatro más, con un valor estimado de 7.851.239,65 y sujeto por ello a regulación armonizada, adjudicado por procedimiento abierto con tramitación urgente.

Análoga publicación se produjo en la Plataforma de Contratación del Sector Público del 9 de marzo de 2020 y en el BOE en 10 de marzo de 2020.

El Pliego de prescripciones técnicas (PPT, en lo sucesivo) aprobado en la misma fecha, establece que “*Los efectivos que presten el servicio serán profesionales con formación especializada en materia de igualdad entre mujeres y hombres y en las formas de violencia contra las mujeres por razón de género incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio de Estambul, que atenderán, informarán y asesorarán sobre las consultas y solicitudes de información y asesoramiento jurídico que se realicen al servicio 016, de conformidad con los protocolos de atención facilitados por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género*”

En cuanto a los medios humanos del servicio, dispone:

“*El dimensionamiento de los medios humanos del servicio 016 que proveerá la empresa adjudicataria, que se considera mínimo para el correcto funcionamiento de éste, es el siguiente:*

- o *Un/a Coordinador/a General del contrato suscrito para la prestación del servicio, con titulación universitaria superior de Grado o equivalente.*
- o *Una persona responsable de formación, calidad y supervisión psicológica de los efectivos del servicio, con titulación universitaria superior de Grado o Licenciatura en Psicología o Trabajo Social y con una experiencia mínima de 3 años en tareas similares.*
- o *Servicio de información general:*
 - *Una persona coordinadora del servicio, con titulación universitaria superior de Grado o Licenciatura o equivalente.*

- *Quince operadoras, con titulación mínima de Bachillerato o equivalente.*
- *Ocho psicólogas o trabajadoras sociales, con titulación universitaria superior de Grado o Licenciatura en Psicología o Trabajo Social o equivalente.*
- o *Servicio de asesoramiento jurídico:*
 - *Una persona coordinadora del servicio, con titulación universitaria superior de Grado o Licenciatura en Derecho o equivalente.*
 - *Ocho asesoras legales, con titulación universitaria superior de Grado o Licenciatura en Derecho o equivalente.”*

En el recurso planteado por Innova se plantea, de manera sintética, que existe una discriminación por razón de género, con preferencia de la mujer, en la exigencia de que el personal adscrito sean mujeres y no varones, en los casos señalados, contraviniendo el artículo 201 LCSP 2017 y el convenio 111 de la OIT, así como la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Y ello porque, en suma, no se justifica la preferencia de las mujeres sobre los hombres en relación con el objeto del contrato.

En informe remitido a la interposición del recurso, el órgano de contratación enumera las partes del pliego en que se utiliza lenguaje inclusivo (“*las personas que...* ”) para referirse a determinados puestos, o el masculino, como genérico que engloba tanto al varón como a la mujer. Señala, por lo demás, que la utilización del género femenino procede de la necesaria subrogación del personal que se halla desempeñando el contrato.

Frente a tales argumentaciones de la parte recurrente y recurrida, el Tribunal recuerda, por su relevancia, que el artículo 14 de la Constitución española establece que:

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

Además, menciona que, por su parte, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece, como no puede ser de otro modo que:

“El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil” (Cfr. art. 3) y

“La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.” (cfr. artículo 4).

Pues bien, a juicio del TACRC los pliegos de la contratación del presente caso conculcan la igualdad de género, pues la cláusula 3.2 del PPTP establece la exigencia de 15 operadoras, 8 psicólogas y 8 asesoras legales. A su parecer, no pueden aceptarse las argumentaciones ofrecidas por el órgano de contratación en su informe al recurso, pues él mismo asume que tal discriminación se produce efectivamente y, por ello, la lesión del principio de igualdad si bien la pone en relación con la obligación de subrogar al personal existente, aspecto este último, que, por otra parte, es legalmente ajeno a la configuración que los pliegos efectúan de la composición del equipo mínimo a adscribir a la ejecución del contrato. Asimismo, considera el Tribunal que tampoco puede efectuar un razonamiento que desplace la exigencia de adscripción necesaria de personal de sexo femenino al momento de la ejecución del contrato porque, igualmente, ello implicaría, al tiempo de la formulación de la oferta, **una discriminación inmediata de las empresas cuyo personal no reúne la condición exigida (género femenino) y mediata de los trabajadores varones.**

En suma, concluye que la redacción actual de los pliegos no es ajustada a Derecho.

ANÁLISIS Y PROPUESTAS

En primer lugar, en cuanto a **las prohibiciones para contratar**, como se ha podido observar la interpretación que hasta la fecha viene realizando el TACRC es a la vez que restrictiva, sorprendente. Si tal y como entiende este Tribunal no cabe aplicar la nueva regulación relativa a la exigencia de contar con planes de igualdad por parte de las empresas de menos de 250 personas trabajadoras (hoy día la obligación recae sobre las empresas de 100 o más personas trabajadoras), se estaría contraviniendo la transversalidad de la LOI y, en consecuencia, se estaría permitiendo que empresas que incumplen el mandato de la LOI de contar con un plan de igualdad (aún siendo empresas de menos de 250 personas trabajadoras) puedan contratar con el sector público, lo cual carecería de sentido alguno e iría en contra de el objetivo propuesto por la regulación destinada a las prohibiciones para contratar, esto es: se avala la posibilidad de contratar con el sector público a pesar de incumplir el mandato de la LOI.

En principio, lo previsto en la Instrucción 2019 del GV respeta lo dispuesto por la normativa estatal sobre contratación pública y también lo resuelto por el TACRC, ya que no hace referencia al número de personas trabajadoras que ha de tener la empresa, sino a la necesidad de contar con un plan de igualdad cuando se esté obligado a ello. Como se ha visto, la interpretación que realiza el TACRC es la de que solo están obligadas las empresas de 250 o más personas trabajadoras. Esta interpretación es más que discutible, y también recurrible, por los motivos expuestos, frente a los tribunales ordinarios.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la **experiencia**, a pesar de que el caso concreto anteriormente analizado no se refiera específicamente a criterios relacionados con la igualdad de género, puede extraerse la siguiente afirmación de cara a la temática objeto de estudio en este Informe: es admisible la condición mínima de solvencia establecida por el órgano de contratación cuando obedece a una razón de garantía de aptitud de la empresa contratista para la correcta ejecución de la necesidad pública que se pretende satisfacer mediante la licitación, estando dicha condición vinculada al objeto del contrato y siendo proporcional –en los términos analizados-. Así, extrapolando lo analizado en dicha Resolución a contratos cuyo objeto esté relacionado con la igualdad de género, nada impide que pueda requerirse, por ejemplo, una experiencia mínima en materia de igualdad de género, tal y como lo hace la Instrucción 2019 del GV en esta temática. Ello da pie a afirmar que, sin lugar a dudas, lo previsto en el apartado V.3 es totalmente compatible con la LCSP 2017 y con la interpretación realizada por el TACRC.

En tercer lugar, sobre lo previsto en el apartado V.4 de la Instrucción 2019 del GV, en relación a *exigir en las cláusulas específicas del contrato el compromiso de la licitadora de adscribir a la ejecución del contrato los concretos medios personales y materiales que se consideren suficientes para la ejecución de los aspectos sociales del contrato*, estableciéndose asimismo que *el pliego atribuirá a este compromiso el carácter de obligación contractual esencial a efectos de resolución del contrato*, cabe mencionar dos cuestiones. Por un lado, lo que aquí se está regulando es el compromiso de adscribir, por parte de la empresa licitadora, ciertos medios personales y materiales a la ejecución del contrato. Esto es, se trata de recoger entre las especificaciones técnicas el compromiso de la licitadora de cumplir unas condiciones especiales de ejecución, relacionadas en este caso con la adscripción de medios personales y materiales. Es

decir, lo aquí estipulado hace referencia a las condiciones especiales de ejecución a cumplir por parte de la licitadora. En este sentido, siempre y cuando los medios personales y materiales concretos a emplear en la ejecución cumplan con los requisitos exigidos a las condiciones especiales de ejecución, objeto de análisis más adelante en este Informe, no hay inconveniente alguno para aplicar lo previsto por la Instrucción 2019 del GV. Por otro lado, la cuestión problemática radica en si entre tales medios personales a adscribir a la ejecución del contrato se puede exigir la adscripción necesaria de personal de sexo femenino. Como se ha visto en la Resolución del TACRC nº 747/2020, este Tribunal entiende que, si no queda justificada la preferencia de las mujeres sobre los hombres en relación con el objeto del contrato, tal exigencia vulnera el principio de igualdad entre mujeres y hombres, resulta discriminatoria y, además, implica una discriminación inmediata de las empresas cuyo personal no reúne la condición exigida (género femenino) y mediata de los trabajadores varones.

Por tanto, si se pretende exigir la adscripción de personal de sexo femenino a la ejecución del contrato, según el TACRC, debe quedar justificada tal preferencia en relación al objeto del contrato. Sin embargo, como se verá en el apartado dedicado al análisis de las condiciones especiales de ejecución, esta interpretación contraviene otras realizadas por este mismo Tribunal y también por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Informe 1/2020), ya que éstas mantienen una interpretación más amplia en relación a la vinculación con el objeto del contrato. A saber, la vinculación con el objeto del contrato, en el caso de las condiciones especiales de ejecución exige que la condición se efectúe durante el cumplimiento y en la ejecución de la prestación contratada, no en otra. Por lo que sería viable exigir tal adscripción de personal femenino, pero solamente de cara a la ejecución del contrato.

Por ende, con el fin de evitar posibles discrepancias y confusiones, puede que lo más idóneo sea no hacer alusión al compromiso de adscribir medios personales y materiales concretos a la ejecución del contrato entre las prescripciones técnicas o, si se hace, realizarlo de forma que quede claro que se tratan de condiciones especiales de ejecución, a cumplir únicamente en la fase de ejecución del contrato.

E) Criterios de adjudicación para la igualdad de mujeres y hombres

NORMATIVA ESTATAL

El artículo 145 de la LCSP 2017, sobre “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, por su parte, matiza 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. Tal y como establece el artículo 145 en cuestión, las características sociales se referirán, entre otras cuestiones, a estas finalidades: *los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo, etc.*

Según el artículo 145.6 de la LCSP 2017 *se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:*

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

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

INSTRUCCIÓN 2019 DEL GV

VI. Criterios de adjudicación para la igualdad de mujeres y hombres.

1. *Los órganos de contratación incorporarán en los pliegos de contratación criterios de adjudicación para la igualdad de mujeres y hombres, cuya ponderación será de al menos **del 5% del total del baremo**.*
2. *La selección de los criterios de adjudicación para la igualdad de mujeres y hombres, así como su ponderación deberá dar cumplimiento a su **necesaria vinculación al objeto del contrato y sus características**; al sector o ámbito de actividad; al importe y el plazo de ejecución del contrato; así como al personal necesario para su ejecución y la cualificación requerida. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida.*
3. *Sin perjuicio de otros criterios más idóneos que considere el órgano de contratación, a título de ejemplo se propone el establecimiento de alguno o algunos de los siguientes criterios de adjudicación:*
 - 3.1. *La contratación de un número o un porcentaje determinado de mujeres para la ejecución del contrato, cláusula que podrá establecerse con carácter general; o especificando que la contratación de mujeres sea para **cargos cualificados o de responsabilidad**; o referida a mujeres víctimas de violencia de género o en situación o riesgo de exclusión social.*
 - 3.2. *La adopción de políticas para la igualdad de mujeres y hombres en la ejecución del contrato, tales como: medidas específicas para **prevenir el acoso sexual y por razón de sexo**; medidas de **conciliación** entre la vida personal, laboral y familiar; la **formación** a la plantilla en materia de igualdad de mujeres y hombres; las **mejoras salariales** por encima de lo establecido en el convenio*

aplicable a la plantilla que ejecute el contrato, el establecimiento de un plan de igualdad.

3.3. El disponer y aplicar a la ejecución del contrato un convenio colectivo de empresa con cláusulas específicas para la igualdad de mujeres y de hombres; o el disponer y aplicar un distintivo, certificación o etiqueta en materia de igualdad de mujeres y hombres o, en su defecto, acreditar por cualquier medio de prueba admitido en Derecho el cumplimiento de los requisitos necesarios para obtener tales distintivos, certificados o etiquetas.

4. Con el objetivo de facilitar por parte de los órganos de contratación la aplicación de los criterios de adjudicación para la igualdad de mujeres y hombres, en el Anexo I del presente Acuerdo se proponen modelos de cláusulas susceptibles de ser utilizadas en los pliegos de contratación.

RESOLUCIONES

1) Resolución nº 972/2018, del TACRC, de 26 de octubre de 2018 (sobre distintivo de igualdad)

Se presenta recurso contra los pliegos del contrato de “*Servicio de seguridad de varios edificios de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en Canarias para el periodo de un año comprendido entre los años 2018 y 2019*” (Exp. 18A50056000), licitado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, ente público dependiente de la Administración General del Estado.

El contrato, calificado como de servicios, tiene un valor estimado de 733.357,72 euros, IGIC excluido, adjudicándose mediante tramitación ordinaria y procedimiento abierto, y dividido en dos lotes, no sujeto a regulación armonizada.

De acuerdo con la cláusula X, del PCAP, por lo que aquí importa, se establece lo siguiente.

1. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE MEJORAS.

Los criterios valorables por parámetros o fórmulas objetivas son los siguientes:

(...) *Estar en posesión del distintivo “Igualdad en la Empresa” (RED DIE) en vigor, otorgado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: 3 puntos.*

Esto es, en los criterios relativos a mejoras, se puntuá con 3 puntos estar en posesión del distintivo igualdad en la empresa.

En relación al criterio de estar en posesión del distintivo igualdad en la empresa, recuerda el TACRC que aquel es otorgado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (hoy Presidencia e Igualdad) y no es potestad de la empresa obtenerlo, puede solicitarlo y le será otorgado o no; su concesión es anual y en la actualidad solo se encuentra en posesión del referido distintivo una empresa de seguridad.

Entrando en la cuestión planteada, el Tribunal recuerda que es *conditio sine qua non* que tales criterios de adjudicación estén vinculados al objeto del contrato; entendiendo que esta vinculación existe cuando se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, y ello porque, de otro modo, se estaría lesionando el principio de igualdad de trato dando lugar a una discriminación entre las ofertas.

El TACRC opina que **el distintivo igualdad en la Empresa (DIE) se refiere a la empresa en su conjunto**, poniendo de manifiesto que la empresa bien destaca en el desarrollo de políticas de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, mediante la implementación de planes y medidas de igualdad. En efecto, **la apreciación como criterio de adjudicación ha de hacer directa referencia a la prestación contratada y, por lo tanto, manifestarse ya en el proceso de prestación del servicio de seguridad que se pretende contratar**, ya en otra etapa de su ciclo de vida.

Menciona en este sentido su Resolución 632/2018, de 29 de junio, en la que resuelve que se infringe el artículo 145 de la LCSP cuando “*el criterio se configura y se refiere a una calidad subjetiva de las empresas licitadoras, (...) al contemplar genéricamente a todo el personal de las empresas licitadoras, el criterio de valoración nada tiene que ver con el objeto del contrato, ni añade calidad alguna a la oferta técnica de cada licitadora, sino que se limita a valorar una calidad de la empresa ajena a las ofertas presentadas*” .

Por tanto, el Tribunal llega a la misma conclusión sobre los criterios aquí configurados, a saber, que se refieren a las empresas licitadoras en general y no al concreto contrato celebrado, siendo indiferente a estos efectos que se configure como criterios de mejora y los puntos que les han sido asignados. Procede así a anular el referido criterio de adjudicación de estar en posesión del distintivo “Igualdad en la Empresa” (RED DIE).

Destaca el TACRC que en ese sentido ha resuelto también los Recursos acumulados números 498/2018 y 509/2018 (Resolución nº 660/2018), en cuyo Fundamento de Derecho Quinto dijo:

QUINTO .Procede analizar ahora si los criterios de adjudicación recurridos se ajustan o no a Derecho.

Antes que nada, debemos de advertir con carácter general que la regulación de los criterios sociales y medioambientales en la Ley 9/2017, así como también en la Directiva transpuesta, no constituye precisamente un modelo de claridad y precisión sino más bien al contrario, pues mientras, por ejemplo el art. 1.3 de la Ley dispone la aplicación en toda la contratación pública “de manera transversal y preceptiva” de criterios sociales y medioambientales y éstos se aplican efectivamente en el artículo 145.2 de manera amplísima y sin restricción porcentual alguna, se exige por otro lado que estos criterios estén vinculados al objeto de contrato en la forma establecida por el art. 145.6 de la Ley, es decir refiriéndose siempre a “las prestaciones que deben realizarse en virtud de dicho contrato”, además de que deberán lógicamente respetarse los principios de libertad de acceso, igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad, “salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económica más ventajosa”, proclamados en el artículo 1.1 de la Ley, facilitándose asimismo (artículo 1.3) “el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas y de las empresas de economía social”. Principios que deben conjugarse todos ellos simultáneamente a la hora de enjuiciar la legalidad de los criterios propuestos, lo que no resulta precisamente fácil y puede dar lugar a interpretaciones divergentes.

Empezando por el primero de los criterios discutidos, “disponer de un plan de igualdad registrado en REGCON”, este Tribunal entiende que este criterio incumple la LCSP toda vez el mismo no está referido, como exige la ley, a su aplicación en la

ejecución del contrato, sino a la empresa licitadora en su conjunto y de forma previa a la formalización del contrato.

Conforme al artículo 145.5.a) de la LCSP los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato, no considerando este Tribunal que un plan de igualdad previo de la empresa en su conjunto, guarde esta vinculación. La LCSP establece como criterio válido de valoración de ofertas los “planes de igualdad”, pero “aquellos que se apliquen en la ejecución del contrato”, lo que no sucede en el presente caso.

Nos encontramos con la valoración, como criterio de adjudicación, de una “característica de empresa”, no referida al objeto del contrato, que como establecen las Directivas comunitarias y ha afirmado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes 17/11 y 13/98, referidos a la experiencia de la empresa, no puede utilizarse como criterio de adjudicación. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que los planes de igualdad de sexos son legalmente obligatorios para las empresas de más de 250 trabajadores, mientras que son voluntarios para la mayoría de las restantes empresas, por lo que su establecimiento como criterio de adjudicación podría producir un efecto discriminatorio respecto de las empresas que carecen de dicho plan, especialmente respecto de las pequeñas y medianas empresas cuyo acceso a la contratación pública se trata también de facilitar.

Lo mismo puede decirse del segundo criterio de adjudicación recurrido, “la existencia de un mínimo de 50% de mujeres en la plantilla”. El criterio sigue refiriéndose a la empresa en su globalidad, y no al porcentaje que representan las mujeres en relación con la totalidad de la plantilla que ejecutará el contrato licitado. Es pues, igualmente, un criterio de adjudicación que incumple la Ley 9/2017 por no referirse a la ejecución del contrato, y por no estar vinculado al objeto del contrato. En el caso presente se da además la circunstancia, puesta de relieve por la recurrente, de que en este tipo de actividades el porcentaje habitual de mujeres suele ser muy superior al de hombres, con lo que su establecimiento como criterio de adjudicación para favorecer la presencia de mujeres carece de todo sentido, convirtiéndose más bien en un criterio en favor de la desigualdad, con un resultado opuesto a lo pretendido por la norma.

Además de lo anterior, este Tribunal considera que lo establecido en el artículo 145.2, es decir, que puedan utilizarse como criterios de adjudicación “los planes de igualdad

de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres”, en la medida en que se trata de elementos caracterizadores de la identidad de las empresas y no de la naturaleza de la prestación, deberían siempre interpretarse a la luz de lo dispuesto por la Directiva 2014/24/UE , cuyo Considerando 97 establece lo siguiente:

*“No obstante, la condición de que exista vínculo con el objeto del contrato, excluye los criterios y condiciones relativos a la **política general de responsabilidad corporativa**, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, servicios o suministros adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa”.*

Este precepto de la Directiva contiene un mandato claro y, por tanto, se considera que tiene efecto directo, y que debe prevalecer sobre la legislación nacional.

En cuanto a la definición de lo que debe entenderse por “responsabilidad corporativa”, “responsabilidad social corporativa” o “responsabilidad social empresarial” (RSE), la Comisión europea considera como tal “la integración voluntaria de las consideraciones medioambientales y sociales en las actividades empresariales”.

Por otra parte, en la Resolución objeto de análisis, se estudia la posibilidad de valorar entre los criterios de adjudicación estar en posesión de un plan de igualdad. Tras recordar lo establecido por el artículo 45 de la LOI (en la fecha de la Resolución todavía no era de aplicación la reforma del 2019 por la cual la obligación de contar con una plan de igualdad va cambiando de forma gradual), entiende que *Puntuar en un criterio de adjudicación la elaboración de un plan, a las empresas que están obligadas a tenerlo según la Ley, no se considera adecuado, y sería discriminatorio, como hemos dicho, respecto de aquellas empresas que no están obligadas a su elaboración y aplicación (artículo 1 de la LCSP).*

*Pero es que, además, si se exige la aplicación de un plan de igualdad a aquellas empresas que no están obligadas por la L.O. 3/2007 a elaborarlo, estaríamos en el ámbito de la “**responsabilidad social corporativa**” que, como hemos visto, prohíbe el*

Considerando 97 que los poderes adjudicadores puedan exigir a los licitadores, como política general de empresa.

En definitiva, según el TACRC, no puede valorarse entre los criterios de adjudicación estar en posesión de un distintivo de igualdad ni tampoco contar con un plan de igualdad. Puede deducirse que solo cabrían como criterios de adjudicación cuando tales exigencias estén vinculadas a la ejecución del contrato en cuestión, esto es, cuando se valore la aplicación de dichos distintivos y planes en la ejecución del contrato, y no como característica previa a ostentar por parte de la empresa.

2) Resolución nº 235/2019, del TACRC, de 8 de marzo de 2019 (sobre mejoras salariales y medidas de conciliación)

Se estudia en este caso un recurso contra los pliegos rectores del procedimiento de contratación del “Servicio de limpieza de las instalaciones de Radiotelevisión del Principado de Asturias”, con expediente 51/18, convocado por Radio Televisión del Principado de Asturias, S.A.U., y dividido en tres lotes. El procedimiento de contratación siguió los trámites que para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada a adjudicar mediante procedimiento abierto. El valor estimado del contrato se anunció por un total de 343.200,00 €, por una duración inicial de un año y con la posibilidad de tres prórrogas de carácter anual.

El PCAP que rige el procedimiento de adjudicación del contrato incorpora, entre otros, estos criterios de adjudicación:

a) *Calidad del empleo. Condiciones salariales. (Hasta un máximo de 5 puntos)*

Se valorarán las propuestas de mejora de las condiciones salariales sobre lo establecido en el Convenio de Limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias.

Se dará la máxima puntuación a la propuesta que presente el mayor porcentaje de subida salarial y el resto se reducirá proporcionalmente

b) *Medidas concretas de conciliación: (Hasta un máximo de 5 puntos)*

Se valorarán las medidas concretas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar que el licitador se compromete a aplicar para la plantilla que ejecute el contrato y que mejoren los mínimos establecidos en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. El licitador deberá presentar la propuesta señalando las medidas concretas a aplicar de entre las que se indican a continuación:

- Ampliación de la edad del menor para solicitar la reducción de jornada, expresado en días (1 punto).*
- Ampliación del permiso retribuido por maternidad expresado en días (1 punto).*
- Ampliación del permiso retribuido por paternidad expresado en días (1 punto).*
- Ampliación del período de excedencia por cuidado de hijos expresado en días (1 punto).*
- Oferta de cheque servicio que facilite la atención de menores, indicado en importe por años y trabajador (1 punto).*

Se asignará un punto por cada una de las medidas descritas. En cada una de las medidas propuestas como mejoras sociales se otorgará la mayor puntuación a la mejor propuesta y el resto se reducirá proporcionalmente».

Nos hallamos, en efecto, ante la introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación del contrato, con una puntuación de 10 sobre el total de 100.

El TACRC entiende que la Directiva 2014/24 concreta el aspecto esencial de todo criterio de adjudicación en que ha de permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PT) y han de elegirse criterios que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades. **Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del**

contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, tal como se define en las especificaciones técnicas.

En ese orden de ideas, el Tribunal deduce que solo son admisibles los criterios de adjudicación, incluidos los sociales y medioambientales, que sean objetivos (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), que permitan evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el PPT, y obtener los que mejor respondan a sus necesidades.

El Tribunal, por otra parte, subraya que, además, algunas consideraciones están limitadas en su aplicación, como los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, y otras solo pueden operar como condiciones especiales de ejecución.

Respecto del primer criterio, sobre mejoras salariales, el Tribunal no aprecia cómo esas mejoras de las condiciones salariales pueden mejorar el nivel de rendimiento del contrato o de su ejecución, ni cómo por ello pueden afectar de manera significativa a la mejor ejecución del contrato y, en definitiva, al valor económico de la oferta, como se requiere en la Directiva 2014/24, para que un criterio de adjudicación opere como tal y sea admisible. Así, aprecia que si una empresa parte desde un principio con unas condiciones salariales mejores que las del convenio respecto de otra empresa, el esfuerzo para mejorar las condiciones salariales según el criterio impugnado será mayor en la oferta de esta última empresa, ya que a aquélla le podría bastar con las condiciones que ya aplica como empresa a su personal. Así, si esta última empresa oferta las propias condiciones salariales que ya aplica en su empresa, no efectúa mejora alguna, aunque las condiciones salariales que ya aplica a su personal ya sí son mejores, pero la otra empresa, si parte de unas condicione salariales peores a las que aplica aquella otra, sí puede esforzarse en mejorar sus condiciones salariales para el contrato licitado; sin embargo, si no supera las condiciones que ya aplica la otra empresa, obtendría menos puntos a pesar de haber mejorado las condiciones salariales que aplicaba sobre convenio. **En definitiva, a su juicio, el criterio sería discriminatorio, pues valoraría condiciones de la empresa que ya aplica a toda su plantilla en un caso, mientras que en el otro valoraría solo condiciones salariales mejoradas para el personal que vaya a adscribirse a la ejecución del contrato**

Por la misma razón, no aprecia su vinculación con el objeto del contrato entendido en su sentido estricto, de la prestación objeto del mismo, los servicios de limpieza, **aunque sí con el personal empleado en la ejecución de dicha prestación**. El mayor salario del personal que ejecute la prestación respecto del establecido en el Convenio colectivo sectorial de aplicación nada tiene que ver con el nivel de rendimiento de cada oferta, tal y como se define en las prescripciones técnicas, ni con las características permitidas por la Directiva para evaluar la calidad del personal: cómo se organizan, su cualificación y experiencia.

El tribunal opina que los salarios que la empresa adjudicataria satisfaga a su personal, por encima del convenio colectivo de aplicación, no son un aspecto que defina las prescripciones técnicas, ni es útil a los efectos de hacer una evaluación comparativa de las ofertas para elegir la que presente una mejor relación calidad – precio. No se comparte la hipótesis de que con mejores salarios se prestarán necesariamente mejores servicios. No se considera, por ejemplo, que la oferta de un licitador que proponga pagar a la plantilla de su empresa que realice la prestación una cantidad por encima del mínimo establecido en el convenio colectivo de aplicación, mayor a la que oferte otra empresa licitadora, implique que el personal de la primera empresa prestará el servicio mejor que el de la segunda, en términos del rendimiento definido en las prescripciones técnicas. Y lo mismo se puede decir de la concesión de más tiempo libre sobre el mínimo establecido, a efectos de conciliación.

Según el TACRC, el artículo 145.2 de la LCSP no dice expresamente que un criterio de adjudicación pueda referirse directamente a estas cuestiones, sino a esas finalidades, y mucho menos que permita hacerlo por encima de los umbrales mínimos establecidos legalmente. Por ejemplo, un criterio de adjudicación relativo a «la Memoria sobre la prestación del servicio» que valore en mayor medida las ofertas que introduzcan una mayor tecnificación del servicio, podría servir a la finalidad de la conciliación personal y laboral, en la medida en el trabajo se hará de forma más eficiente, pudiendo redundar en la finalidad de permitir en mayor medida la conciliación personal y laboral.

Por su parte, el artículo 145.5 de la LCSP exige que, en todo caso, los criterios de adjudicación tienen que estar vinculados al objeto del contrato. Como recoge la mencionada Resolución del Recurso 4/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía, estimatoria de un recurso similar al

presente, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 220/2017 y 136/2018 afirman que un criterio de valoración consistente en el compromiso de aplicar a los vigilantes de seguridad que presten el servicio objeto de contratación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, no ofrece una relación directa con el objeto del contrato, y no es una cláusula social de las que la Directiva 2014/24/UE permite incluir como criterio de adjudicación. Dice la segunda sentencia que este criterio de adjudicación «puede producir discriminación en relación con las empresas que no se ríjan por el Convenio Estatal, en detrimento de las ofertas de los participantes que tengan suscrito un convenio de empresa propia», y que «el incremento salarial de los trabajadores en contratos de este tipo en que los costes salariales constituyen la parte esencial del precio fomentará la realización de ofertas económicamente más elevadas cuanto mayores sean también los costes salariales y viceversa, traduciéndose esta exigencia en la presentación de ofertas más caras y menos beneficiosas económicamente para la Administración, en contra del espíritu que ha de regir en la ponderación de las ofertas para seleccionar un adjudicatario en los artículos 150 y siguientes de la LCSP 2017, cuya finalidad es que resulte elegido el licitador cuya oferta sea económicamente la más ventajosa para la Administración, y sin que el servicio se vea beneficiado, y con evidente discriminación entre las empresas con mayores o menores posibilidades económicas, aunque todas hayan tenido ya que acreditar la solvencia económica como condición previa».

Ello es así porque, aunque el artículo 145.6 amplia los supuestos en que el criterio de adjudicación se encuentra vinculado al objeto del contrato, extendiéndolo a cualquiera de sus aspectos, a cualquier etapa de su ciclo de vida y a los factores que intervienen en determinados procesos, a renglón seguido afirma respecto de esos factores que intervienen en el proceso de prestación de los servicios (uno de los cuales es el «factor trabajo»), que deben referirse especialmente a «formas de prestación socialmente sostenibles y justas».

Pues bien, este Tribunal interpreta que la expresión «socialmente sostenibles y justas» se refiere al nivel mínimo establecido por la normativa de aplicación. En el caso de los salarios, al salario mínimo interprofesional, o al fijado en el convenio de empresa o en el convenio colectivo sectorial de aplicación. Estos niveles salariales son los socialmente justos y sostenibles; por debajo de ellos, no lo son.

Es evidente, según el TACRC, que, tal y como afirma la mencionada Sentencia del TSJ de Madrid 136/2018, el criterio de adjudicación recurrido supone un incremento automático del precio del contrato para la Administración, sin una contraprestación que redunde directamente en un mejor rendimiento del servicio tal y como está definido en las prescripciones técnicas, por lo que este criterio vulnera los proclamados principios de eficiencia, economía y control del gasto.

En cuanto al segundo criterio recurrido, sobre «Medidas concretas de conciliación, en primer lugar, el Tribunal **no aprecia cómo esas medidas concretas de conciliación, aunque se refieran al factor humano que interviene en la ejecución del objeto del contrato, pueden mejorar el nivel de rendimiento del contrato o de su ejecución**, ni cómo por ello pueden afectar de manera significativa a la mejor ejecución del contrato y, en definitiva, al valor económico de la oferta, como se requiere en la Directiva 2014/24. En segundo lugar, no se aprecia ni se justifica en qué incide o se refiere ese criterio a los servicios objeto del contrato, ni cómo o en qué mejora la calidad de la ejecución de la prestación contractual. Es decir, no se aprecia la necesaria vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, que tampoco se justifica.

Sobre ese mismo tipo de criterio ya se ha pronunciado este Tribunal en Resolución 679/2017, de 27 de julio, Recursos acumulados 427-428-439/2017.

A su juicio, este criterio debe correr la misma suerte que el anterior, sobre que no concurre en él la cualidad necesaria para operar como criterio de adjudicación, en cuanto no permite efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PPT) y han de elegirse criterios que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, además, no está vinculado con la prestación objeto del contrato, ni se justifica una hipotética vinculación.

En conclusión, si entre los criterios de adjudicación se quiere valorar la mejora de las condiciones salariales, según el TACRC, ello ni siquiera podría hacerse en relación al personal adscrito a la ejecución del contrato. Y lo mismo cabe decir sobre aquellos criterios relacionados con la mejora de la conciliación.

En este lugar, es de destacar el Voto particular que formula Manuel Renedo Omaechevarría respecto del acuerdo objeto de controversia analizado:

Respecto al apartado “conciliación de la vida personal y familiar”, estima que la solución no debe ser la misma, pues además de estar expresamente prevista esta medida en el art. 145.1 de la Ley 9/2017 como una de las posibles medidas que se pueden establecer como criterios de adjudicación, y aunque, al igual que en el caso anterior, sea muy indirecta e hipotética su vinculación con el objeto de contrato, pues tampoco se garantiza que vaya a repercutir en una mejora de la prestación, lo cierto es que su establecimiento no parece vulnerar ninguno de los principios contractuales de la normativa europea y nacional que antes hemos enumerado, siempre que guarde la debida proporcionalidad y no produzca discriminaciones directas o indirectas respecto de los restantes licitadores. En el caso analizado se atribuyen a este criterio un total de cinco puntos sobre cien, a razón de un punto por cada una de las medidas de conciliación descritas, lo que no considera desproporcionado ni discriminatorio para los restantes licitadores, que podrán libremente adoptar estas medidas si lo consideran oportuno, razón por la que desestimaría el recurso interpuesto en relación con este apartado.

3) Resolución nº 378/2019, del TACRC, de 11 de abril de 2019 (sobre mejoras salariales y medidas de conciliación)

Se presenta recurso contra los pliegos del contrato para el “*Servicio de Gestión Centro Emergencia, Casa Acogida y Pisos Tutelados para mujeres víctimas de la violencia de género y sus hijos/as menores, víctimas de violencia de género que las acompañen*” (expediente 67/18) (Recurso nº 131/2019) así como los pliegos para el contrato de “*Servicio de atención psicológica y social a mujeres menores adolescentes y menores expuestos a violencia de género en la Ciudad Autónoma de Ceuta*” (expediente 68/18) (Recurso nº 387/2019), convocados ambos por la Consejería de Economía, Hacienda, Administración Pública y Empleo de la Ciudad Autónoma de Ceuta.

En ambos pliegos se incluyen como criterios de adjudicación (Cláusula 12) de carácter cualitativos los siguientes:

«12.1.1.- *Hasta 35 puntos la organización, cualificación y experiencia en aspectos*

sociales del personal encargado de ejecutar el contrato de acuerdo con el siguiente desglose:

. 2 puntos por cada persona con titulación de grado en aspectos sociales relacionados con el objeto del contrato.

. 5 puntos por cada persona con 1 año de experiencia laboral en CE, CA o PPTT en puestos señalados en el pliego de prescripciones técnicas.

12.1.2.- El fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y en general, la inserción socio laboral de personas con discapacidad o riesgo de exclusión social. Hasta un máximo de 10 puntos.

Se valorará hasta un máximo de 10 puntos, a la entidad licitadora que se comprometa a emplear para la ejecución del contrato, en los supuestos de nuevas contrataciones, bajas y sustituciones, un porcentaje superior a 10% de su personal, de personas desempleadas inscritas en las oficinas de empleo, priorizando en su contratación los pertenecientes a colectivos desfavorecidos, con dificultades de acceso al mercado laboral o en riesgo y/o situación de pobreza o exclusión social. Se otorgará la mayor puntuación al licitador que haya ofertado el mayor porcentaje por encima del mínimo establecido en el criterio de adjudicación. El resto se valorará de forma proporcional conforme a la siguiente fórmula:

$$P = Po / PoM \times (\text{puntuación máxima})$$

Resultando: P (puntuación obtenida por la entidad licitadora) = Po (porcentaje superior al mínimo) / PoM (porcentaje superior al mínimo establecido contenido en la mejor oferta de las licitadoras) x puntuación máxima.

12.1.3.- Hasta 6 puntos al licitador que se comprometa a contratar para la ejecución del contrato a un mayor número de mujeres en puestos de responsabilidad.

El resto de licitadores obtendrán una puntuación proporcional conforme a la siguiente fórmula

$$P = (NMR / MOR) \times 6$$

Resultando P (Puntuación obtenida) = NMR (número de mujeres en puestos de responsabilidad que se compromete a contratar el licitador para la ejecución del contrato) / MOR (mejor oferta de los licitadores sobre el número de mujeres en puestos de responsabilidad que se compromete a contratar)».

Se recurren los pliegos, entre otros motivos, por la insuficiente **concreción y determinación** de terminadas cláusulas y por la introducción de **consideraciones sociales** como criterios de adjudicación.

El Tribunal se pronuncia, en primer lugar, sobre la cláusula «**Calidad del empleo. Condiciones salariales**», en cuya virtud se valoran las propuestas de mejora de las condiciones salariales sobre lo establecido en el Convenio de Limpieza de edificios y locales autonómicos, dándose la máxima puntuación a la propuesta que presente el mayor porcentaje de subida salarial.

El Tribunal señala que no aprecia cómo esas mejoras de las condiciones salariales pueden mejorar el nivel de rendimiento del contrato o de su ejecución, ni cómo por ello pueden afectar de manera significativa a la mejor ejecución del contrato y, en definitiva, al valor económico de la oferta, como se requiere en la Directiva 2014/24, para que un criterio de adjudicación opere como tal y sea admisible.

Igualmente, en relación con las «**Medidas concretas de conciliación**», también contenida en el pliego, y en cuya virtud se valoran las medidas concretas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar que el licitador se compromete a aplicar para la plantilla que ejecute el contrato y que mejoren los mínimos establecidos legalmente, a juicio del Tribunal este criterio incurre en las mismas deficiencias que las señaladas respecto del criterio «Mejoras salariales», pues no aprecia cómo esas medidas pueden mejorar el nivel de rendimiento del contrato o de su ejecución.

Por otro lado, en relación con el criterio de contratar para la ejecución del contrato a un mayor número de mujeres en **puestos de responsabilidad** impugnado por la recurrente, por insuficiente concreción y determinación, considera el recurrente que el pliego ni fija qué se entiende por «puestos de responsabilidad» ni establece un número máximo de contrataciones, ni el tipo de contrato (jornada completa, tiempo parcial, duración indefinida...) por lo que cabría ofertas de imposible cumplimiento o de nulo efecto positivo sobre el contrato y que podrían impedir de hecho la selección de la oferta con mejor relación calidad-precio

El TACRC considera que asiste también la razón al recurrente pues ofrecer la contratación de un número excesivo de personal responsable (o incluso, superior a uno)

podría **aumentar innecesariamente la plantilla**, de tal forma que se multiplicasen las funciones a ejercer por una única persona de acuerdo con las previsiones del PPT.

Lo mismo ocurre a juicio del Tribunal con el criterio que valora emplear para la ejecución del contrato, en caso de nuevas contrataciones, bajas y sustituciones, un porcentaje superior a 10% de su personal, de personas desempleadas inscritas en las oficinas de empleo, priorizando en su contratación los pertenecientes a **colectivos desfavorecidos**, con dificultades de acceso al mercado laboral o en riesgo y/o situación de pobreza o exclusión social, ya que, en su opinión, la consideración social que integra su contenido no cumple esos requisitos, pues no incide en el rendimiento de la oferta respecto de la prestación objeto del contrato, ni permite evaluar comparativamente una y otras para determinar en qué mejoran la satisfacción de las necesidades de la Administración respecto de los términos en que se definen en el PPT.

En esta Resolución se ofrece una extensa explicación y argumentación sobre los requisitos que según el TACRC resultan exigibles para que un criterio pueda operar como criterio de adjudicación. Teniendo en cuenta que, a tales efectos, resulta una de las Resoluciones más completa y explicativa, tomaremos esta Resolución como referente en al apartado de análisis y conclusiones incluido a continuación.

4) Resolución nº 388/2019, del TACRC, de 17 de abril de 2019 (sobre distintivo de “igualdad en la empresa”)

Se trata de un recurso interpuesto contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Totana (Región de Murcia) adoptado en sesión ordinaria de fecha 17 de enero de 2019 por el que se acordó iniciar el expediente para la contratación del "*servicio de Centros de día para personas mayores dependientes de Totana (Expte 4232/18)*" y la aprobación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Condiciones Técnicas.

Se trata de un contrato de servicios, del subtipo servicios sociales o de salud, cuya clasificación CPV es la 85312100, y cuyo valor estimado es de 679.323,42 euros, para un plazo de ejecución de dos años.

Se cuestiona por el recurrente la validez del criterio de adjudicación contenido en la cláusula décima del PCAP apartado 3, por el que se le otorgan quince puntos a aquellas empresas que dispongan del distintivo de "igualdad en la empresa" otorgado por el Instituto de la Mujer.

El pliego dispone lo siguiente en el apartado 3 impugnado:

"Se puntuará con 15 puntos la posesión del distintivo de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, para ello debe de presentar certificado del registro, según lo dispuesto en el art. 50 de la Ley Orgánica 3/200 , para igualdad efectiva de mujeres y hombres".

De lo previsto en el artículo 50 de la LOI se desprende que la solicitud del distintivo es voluntaria, cualquiera que sea el tamaño y la tipología de la empresa, y que podrá utilizarse para el tráfico económico de la misma.

El TACRC, a la hora de analizar el fondo del asunto, trae a colación lo analizado en su Resolución nº 235, de 8 de marzo de 2019, anteriormente analizada en este Informe (sobre la valoración entre los criterios de adjudicación de estar en posesión de un plan de igualdad) y se remite a las extensas argumentaciones realizadas en dicha Resolución para llegar a la misma conclusión. Esto es, **que la inclusión como criterio de adjudicación de la disposición del distintivo para las empresas en materia de igualdad, recogido en el art. 50 de la Ley Orgánica 3/2007, es contrario al ordenamiento jurídico por infringir las exigencias de vinculación al objeto del contrato** que establece el art.145.5 LCSP, no pudiendo referirse a ninguno de los momentos del ciclo de vida del presente contrato, al ser este distintivo una cualidad genérica de la empresa, cuya obtención es además voluntaria. Y es que, a su juicio, ni siquiera desde una perspectiva amplia del concepto de etapa del ciclo de vida del contrato, puede entenderse que, disponer del distintivo de igualdad en las empresas, forma parte de la prestación aún al margen de la propia sustancia material de la misma.

5) Resolución nº 456/2019, del TACRC, de 30 de abril de 2019 (sobre Distintivo de Igualdad en la Empresa)

Se trata de un caso similar al analizado en la Resolución nº 972/2018, del TACRC, de 26 de octubre de 2018, anteriormente analizada, en la que el Tribunal llega a la misma conclusión.

En el presente caso, se analiza un recurso contra los pliegos de la licitación convocada por la Diputación Provincial de Ciudad Real para contratar el “*servicio de limpieza del edificio donde se ubican los servicios asistenciales y otros servicios de la Diputación Provincial de Ciudad Real*”. La recurrente centra su recurso en la impugnación de los criterios de adjudicación contenidos en la cláusula 13^a del PCAP que, en sus apartados c) y d), establece como criterios para la adjudicación la posesión en vigor del Distintivo Igualdad en la Empresa (RED DIE) y del certificado de calidad ISO 9001, siendo valorados ambos con 13 y 10 puntos respectivamente.

El TACRC en este caso trae a colación lo expuesto en la Resolución nº972, de 26 de octubre de 2018, y determina que, en cuanto a los certificados de calidad, es doctrina reiterada de este Tribunal, aplicada entre otras muchas por la resolución 405/2018, y acorde con la doctrina del a Junta Consultiva de Contratación Administrativa y diversas Sentencias del TSJ de la Unión Europea, acerca de la **improcedencia de la utilización de los certificados de calidad como criterios de adjudicación de los contratos, sin perjuicio de su posible utilización como medios para acreditar la solvencia técnica** de las licitadoras, como consecuencia de la existencia de dos fases diferentes en el procedimiento de contratación, destinada la primera a la comprobación de la aptitud de los licitadores para la ejecución de contrato y la segunda, en cambio, a la valoración comparativa de las oferta presentadas, con independencia de las condiciones subjetivas de los licitadores, que han debido valorarse con antelación.

Procede por tanto a estimar el recurso presentado, y a anular la referencia en la Cláusula 13^a del PCAP a los criterios de adjudicación de estar en posesión del distintivo “Igualdad en la Empresa” (RED DIE), al no estar vinculados estos criterios de adjudicación con el objeto del contrato.

6) Resolución nº1065, del TACRC, de 5 de octubre de 2020 (sobre medidas de conciliación)

Se analizan aquí el Anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas de la licitación convocada por la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana para contratar la “*Gestión integral del servicio de alimentación de pacientes de los centros dependientes de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública (expediente 11/2020)*”.

El contrato de servicios está sujeto a regulación armonizada y el procedimiento de licitación hizo mediante el procedimiento de adjudicación abierto y ordinario siendo su tramitación de urgencia. El contrato se licitó por un valor estimado de 216.520.878,66 euros, dividido en 20 lotes.

Por su parte, el Pliego de Cláusulas Administrativas establece como criterios sociales a valorar con hasta 15 puntos, en lo que al presente recurso interesa:

5.2- Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (hasta 9 puntos).

Se valorarán con un máximo de hasta 9 puntos las medidas y servicios concretos destinados a facilitar la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal que el licitador se comprometa a aplicar para la plantilla que ejecute el contrato. El licitador deberá presentar su proposición respecto de medidas tales como:

- *Flexibilización, adaptación o reasignación de servicios y horarios en función de las necesidades de conciliación. 3 puntos.*

Dicha oferta deberá ser efectiva y no sujeta a las necesidades del servicio, ya que esta condición podría desvirtuar las medidas ofertadas y valoradas.

- *Cheques servicio o acceso a recursos que faciliten la atención de menores o personas dependientes. 3 puntos.*

- *Ampliaciones de permisos de paternidad o maternidad y lactancia. 3 Puntos.*

La ampliación ofertada deberá ser en semanas efectivas de permiso remunerado con reserva de puesto de trabajo, y de forma proporcional al resto de ofertas.

Los permisos que se computen en horas, se indicará expresamente la equivalencia en semanas efectivas de trabajo.

El TACRC, tras analizar si la definición ofrecida en los pliegos establece criterios suficientes y es correcta, y determinar que sí, estudia si existe o no vinculación entre tales criterios y el objeto del contrato.

Entiende el Tribunal que de considerar válidos tales criterios de adjudicación, **nos encontraríamos con la valoración, como criterio de adjudicación, de una “característica de empresa”, no referida al objeto del contrato**, que como establecen las Directivas comunitarias y ha afirmado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes 17/11 y 13/98, referidos a la experiencia de la empresa, no puede utilizarse como criterio de adjudicación. Y a la misma conclusión llega sobre la valoración, como criterio de adjudicación, de estar en posesión de un plan de igualdad. A su parecer, de tenerse en cuenta que los planes de igualdad de性os son legalmente obligatorios para las empresas de más de 250 personas trabajadoras (este aspecto ha sufrido una reforma, por la que hoy día la obligatoriedad recae sobre empresas de más de 100 personas trabajadoras), mientras que son voluntarios para la mayoría de las restantes empresas, **por lo que su establecimiento como criterio de adjudicación podría producir un efecto discriminatorio respecto de las empresas que carecen de dicho plan, especialmente respecto de las pequeñas y medianas empresas** cuyo acceso a la contratación pública se trata también de facilitar.

ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

A modo de resumen de lo expuesto en estas resoluciones puede señalarse que, los Tribunales Administrativos, a la hora de valorar si un determinado criterio tiene cabida como criterio de adjudicación, realizan el **siguiente examen**, con sus consecuentes exigencias (Resolución nº 378/2019, del TACRC, de 11 de abril de 2019):

1º. Que concurra en el criterio la cualidad necesaria exigida por la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria para poder operar como criterio de adjudicación, es decir, que realmente sea un criterio de adjudicación, y

2º. En caso de cumplirse el anterior requisito, que el criterio reúna las cuatro condiciones de la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24) y de la Jurisprudencia del TJUE que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público:

- a) Deben estar vinculados al objeto del contrato.
- b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.
- c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.
- d) Deben publicarse previamente.

El TACRC, tras analizar lo dispuesto en los Considerandos 92, 94, 98, 104 y el artículo 67 de la Directiva 2014/24, concluye que *solo pueden establecerse como criterios de adjudicación aquellos criterios o consideraciones que permitan efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (PPT)*. Por tanto, con cada criterio se ha de medir el rendimiento de cada oferta, respecto del objeto del contrato, objeto que se concreta en las obras, suministros y servicios a contratar para satisfacer sus necesidades, es decir, el objeto contractual en sentido estricto, que lo es la prestación concreta objeto del contrato, la obra, el suministro o el servicio a contratar, *tal como se define en las especificaciones técnicas*.

Una vez cumplido el requisito anterior para que un criterio de adjudicación sea admisible como tal, el segundo aspecto que determina si los criterios de adjudicación son admisibles o no por ajustarse a lo dispuesto en la Directiva 2014/24, es que el criterio reúna las cuatro condiciones de la normativa europea antes citados, que son:

- a) *Deben estar vinculados al objeto del contrato.*
- b) *Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.*
- c) *Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.*
- d) *Deben publicarse previamente.*

De esos cuatro requisitos el TACRC examina especialmente los requisitos a) y c).

Sobre el primer requisito, vinculación del criterio de adjudicación con el objeto del contrato, tras exponer lo previsto en el Considerando 98 y el artículo 67.3 de la Directiva 2014/24, concluye que *resulta claramente que un criterio de adjudicación cumple el requisito indicado si se refiere, bien directamente a las prestaciones en sí mismas objeto del contrato (la obra, el suministro o el servicio), bien a través de los factores que intervienen en alguno de los procesos indicados de sus ciclos de vida, los del objeto del contrato en sentido estricto. Ahora bien, solo será admisible como tal*

criterio de adjudicación si además cumple el requisito propio sustancial de cualquier criterio, que es el más arriba reseñado de que afecte al rendimiento del contrato, a su objeto, es decir, afecte de manera significativa a la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto, tal y como es definido en las especificaciones técnicas.

Sobre el segundo requisito del criterio (debe respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento) el TACRC indica que *un criterio de adjudicación no es admisible si es contrario a la igualdad entre operadores o es discriminatorio, lo cual ocurre o puede ocurrir si evalúa unas mejoras sobre las condiciones salariales establecidas en un convenio de ámbito territorial determinado respecto de las establecidas en el convenio de otro ámbito territorial distinto dentro del territorio nacional, o respecto de empresas de otros países miembros, bien sean mejores, bien sean peores, pues si una licitadora ya acude con unas condiciones salariales según su convenio territorial, inferiores a las del convenio territorial del poder adjudicador, se verá discriminada respecto de las empresas de ese territorio, o si ya tiene condiciones salariales mejores se verá favorecida, lo que determinaría desigualdad y discriminación.*

Vistas las Resoluciones presentadas en este apartado, procede en este lugar dilucidar si lo previsto en el apartado dedicado a los criterios de adjudicación de la Instrucción 2019 del GV respeta lo en ellas señalado.

En cuanto a lo estipulado en el apartado VI.1 de la Instrucción, estableciéndose que los órganos de contratación incorporarán en los pliegos de contratación criterios de adjudicación sobre igualdad de género, con una **ponderación de al menos del 5% del total del baremo**, cabe decir que la Instrucción resulta compatible con el artículo 145 de la LCSP y con las Resoluciones previamente analizadas. En primer lugar, porque el artículo 145 en cuestión abre la vía al establecimiento de este tipo de cláusulas entre los criterios de adjudicación. En segundo lugar, porque la Instrucción hace alusión expresa a la necesidad de que dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato. En tercer lugar, porque la otorgación de al menos el 5% del total del baremo es acorde con la interpretación realizada a tales efectos por el TACRC en sus resoluciones. Asimismo, la

Instrucción aclara cuándo se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado con el objeto del contrato, y lo hace en los mismos términos que el artículo 145.6 de la LCSP.

A continuación la Instrucción objeto de análisis ofrece, sin perjuicio de otros criterios más idóneos que considere el órgano de contratación, a modo de ejemplo, una serie de criterios de adjudicación. En la medida en que todos ellos, independientemente de su contenido, hacen referencia al cumplimiento o aplicación de dichos criterios en la fase de ejecución, procede afirmar que solo cumplirían con la interpretación emanada de las Resoluciones de los Tribunales Administrativos, en especial, del TACRC, si se observa que tales criterios conllevan una mejora en el rendimiento de la prestación contratada. Como ha podido observarse, según este Tribunal algunos criterios de adjudicación relacionados con la conciliación no son admisibles cuando hagan referencia a su aplicación en la fase de ejecución del contrato, puesto que no se aprecia que de ellos vaya a darse una mejora en el rendimiento de la prestación contratada. Además, deben estar vinculados al objeto del contrato. Vinculación al objeto del contrato que, según este mismo Tribunal, como también se ha visto, debe entenderse en su sentido estricto. Por tanto, solo en casos en los que el objeto del contrato esté ligado a la perspectiva de género serán admisibles, como mucho, tales criterios de adjudicación por parte de estos Tribunales.

Por otra parte, aunque en principio los tres ejemplos proporcionados por la Instrucción parecen merecer la misma consideración, el último de los ejemplos ofrecidos requiere una atención especial. Este criterio ejemplificativo queda redactado en la Instrucción de la siguiente manera: *El disponer y aplicar a la ejecución del contrato un convenio colectivo de empresa con cláusulas específicas para la igualdad de mujeres y de hombres; o el disponer y aplicar un distintivo, certificación o etiqueta en materia de igualdad de mujeres y hombres o, en su defecto, acreditar por cualquier medio de prueba admitido en Derecho el cumplimiento de los requisitos necesarios para obtener tales distintivos, certificados o etiquetas.*

Así como en el primer y segundo ejemplo de cláusula ofrecido por la Instrucción 2019 del GV es posible que la empresa licitante pueda presentar propuestas en las que queden incorporadas previsiones sobre contrataciones femeninas y políticas de igualdad a aplicar en caso de resultar adjudicataria en la fase de ejecución, no merece la misma

valoración el tercero de los ejemplos. Y ello es así, porque, el disponer y aplicar un convenio colectivo de empresa con cláusulas específicas para la igualdad de género o el disponer y aplicar un distintivo o etiqueta de igualdad de género están relacionados con las características previas de la empresa, pues difícilmente una empresa puede comprometerse a aprobar un convenio colectivo únicamente de cara a la ejecución del contrato e, igualmente, difícilmente va a poder comprometerse a disponer y/o aplicar un distintivo de igualdad que previamente no posee. En los dos ejemplos anteriores, no obstante, parece más sencillo que cualquier empresa pueda presentar en su oferta el compromiso de contratar un determinado número de mujeres para la ejecución del contrato, o el compromiso de adoptar políticas de igualdad para la fase de ejecución del contrato. El tercer ejemplo proporcionado por la Instrucción podría ser sustituido, por ejemplo, por una cláusula que establezca la mejora de las condiciones salariales del personal adscrito a la ejecución del contrato, en el sentido de lo afirmado en la Resolución nº 19, del TACPCM, de 10 de enero de 2018, anteriormente analizada.

F) Condiciones especiales de ejecución para la igualdad de mujeres y hombres

NORMATIVA ESTATAL

Artículo 202 de la LCSP:

1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho 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 el apartado siguiente.

(..)

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

En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables

tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

INSTRUCCIÓN 2019 DEL GV

VIII.– *Condiciones especiales de ejecución para la igualdad de mujeres y hombres.*

1.– *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos contemplarán, al menos, una condición especial de ejecución para la igualdad de mujeres y hombres en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.*

2.– *La selección y concreción de las condiciones especiales de ejecución para la igualdad de mujeres y hombres, así como su ponderación deberá dar cumplimiento a su necesaria vinculación al objeto del contrato y sus características; al sector o ámbito de actividad; al importe y el plazo de ejecución del contrato; así como al personal necesario para su ejecución y la cualificación requerida. Considerando su carácter obligatorio, recomendamos su aplicación bajo criterios de prudencia, proporcionalidad y verificabilidad de manera que no se incorporen en los pliegos condiciones especiales de ejecución desproporcionadas en relación con las características del contrato y con la oferta existente en el mercado.*

3.– *Sin perjuicio de otros criterios más idóneos que considere el órgano de contratación, a título de ejemplo se propone el establecimiento de alguna o algunas de las siguientes condiciones especiales de ejecución del contrato:*

3.1.– *La contratación de un número o un porcentaje determinado de mujeres para la ejecución del contrato, cláusula que podrá establecerse con carácter general; o especificando que la contratación de mujeres sea para cargos cualificados o de responsabilidad; o bien referida a mujeres víctimas de violencia de género o en situación o riesgo de exclusión social.*

3.2.– La adopción de políticas para la igualdad de mujeres y hombres en la ejecución del contrato, tales como: medidas específicas para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo; medidas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar; la formación a la plantilla en materia de igualdad de mujeres y hombres; las mejoras laborales a la plantilla que ejecute el contrato; el establecimiento de un plan de igualdad; o el empleo de un lenguaje e imágenes inclusivas y no sexistas en todos los materiales y la documentación.

3.3.– La obligación de presentar datos desagregados por sexo de las personas beneficiarias y/o usuarias de la prestación contractual.

4.– Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todas las subcontratistas que participen en su ejecución.

RESOLUCIONES Y ACUERDOS

No se han encontrado resoluciones específicas sobre condiciones especiales de ejecución en materia de igualdad. No obstante, sí existen resoluciones relacionadas con otras temáticas sociales. Precisamente estas resoluciones hacen referencia a las cuestiones sobre las que versan las mayores objeciones a la hora de incluirlas en cualquiera de las fases de la contratación: las mejoras de las condiciones laborales, la mejora de salarios y la aplicación de un determinado convenio colectivo. Sin embargo, sobre estos temas son también de aplicación otras normas, jurisprudencia y resoluciones, diferentes a las aplicables en materia de igualdad de género.

Ello así, debe subrayarse que las cláusulas sobre igualdad de género en la fase de ejecución no revisten mayor problemática, ya que es casi indiscutible que en esta fase pueden incluirse cláusulas de igualdad de género, aún sin estar vinculadas al objeto del contrato en el sentido estricto analizado en las anteriores fases. De hecho, esta interpretación queda avalada por la doctrina emanada de los Tribunales Administrativos en materia de contratación pública así como por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, por ejemplo, en su Informe nº 1/2020. En este Informe se indica que:

La vinculación al objeto del contrato, en el caso de las condiciones especiales de ejecución exige que la condición se efectúe durante el cumplimiento y en la ejecución de la prestación contratada, no en otra. En el caso de los criterios de adjudicación, tal vinculación exige, conforme al artículo 145.6 de la LCSP, que el criterio se refiera o integre las prestaciones que deben realizarse en virtud de dicho contrato en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida.

Por tal motivo, en este lugar se realizará un examen muy somero de las resoluciones encontradas sobre restantes temáticas, no ligadas directamente a la igualdad de género, ya que no son el objeto central de este Informe.

1) Acuerdo nº19, del TACPCM, de 10 de enero de 2018 (sobre mejoras salariales, sin perspectiva específica de género)

Se recurre en este caso el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato denominado "Vigilancia y Seguridad en las Sedes Judiciales de la Comunidad de Madrid", número de expediente A/SER-008210/2017.

En el presente caso no se analizan cláusulas relacionadas con la igualdad de género, no obstante, resulta de interés, ya que trata sobre la posibilidad de exigir mejoras salariales al personal adscrito a la ejecución del contrato.

Interesa destacar a efectos de la resolución que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece en su cláusula 43 Resolución del contrato:

"Son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 85, 223 y 308 del TRLCSP, así como las siguientes:

El incumplimiento de la condición esencial de aplicar a todos los trabajadores adscritos a la prestación del servicio, como mínimo, las tablas salariales recogidas en el capítulo XVII del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad".

Se fundamenta el recurso en la nulidad de la obligatoriedad establecida en los Pliegos *"de aplicar a la totalidad de la plantilla que ejecutará el contrato las tablas salariales, como mínimo recogidas en el capítulo XVII del Convenio Colectivo Estatal para las empresas de seguridad"*.

Según el Tribunal, en este caso, la cláusula impugnada **cumple la condición de no ser discriminatoria porque cualquiera de los licitadores, sin renunciar a la aplicación del convenio colectivo que resulte de aplicación puede mejorar las condiciones salariales del personal adscrito a la ejecución de este contrato.** La igualdad se evidencia en que a la hora de comparar las ofertas se hace a igualdad de costes siendo más desigual competir con diferentes salarios procedentes de convenios "descolgados" que sí pueden ocasionar distorsiones en la competencia.

El PCAP impugnado contiene una condición de ejecución en la que no impone un determinado convenio colectivo, ni lo declara de aplicación (circunstancias que este Tribunal ha reconocido que no se pueden regular vía pliegos) respetando el sistema de fuentes del derecho laboral, sino que la aplicación de las tablas salariales supone una mejora de la calidad del empleo. Las condiciones reguladas en un convenio de empresa o sectorial pueden ser mejoradas en los contratos individuales y si la Administración contratante en las condiciones de ejecución de la prestación del servicio que contrata quiere regular un factor, como es pagar un salario mínimo que, aunque no forme parte de la sustancia material de la prestación, influye en la ejecución más o menos conflictiva del mismo y forma parte, además, de la finalidad estratégica que puede perseguirse con la contratación.

Esta condición de ejecución, según el Tribunal, tampoco se inmiscuye en las relaciones de empresa-plantilla, ni en la política general de la empresa que puede firmar los convenios de empresa o contratos individuales conforme a la regulación laboral, lo único que pretende es que la ejecución de la prestación se haga en unas determinadas condiciones sociales al igual que podría requerir unas condiciones medioambientales de la prestación del servicio sin que la empresa en su política general tenga que participar de la misma ni se le pueda discriminar por no hacerlo o imponer esa determinada política. Los pliegos no pueden exceder su función regulatoria vinculada a la correcta ejecución del contrato proyectando sus efectos en la organización de la empresa, **pero la asociación recurrente no indica cómo pagar un determinado nivel salarial a costa del presupuesto o precio del contrato, que será pagado por la Administración, puede limitar su derecho a la libertad de empresa o su actuación en el mercado.**

El TACPCM recuerda que TJUE avala que se pueda imponer, como condición de ejecución de un contrato, el pago de un salario mínimo a la plantilla en la Sentencia de

17 de noviembre de 2015, RegioPost GmbH & Co. KG y Stadt Landau in der Pfalz, asunto C-115/14, en relación con la obligación, impuesta a los licitadores y a sus subcontratistas en el contexto de la adjudicación de un contrato público de servicios postales del municipio, de comprometerse a pagar una salario mínimo al personal que ejecute las prestaciones objeto de ese contrato público.

2) Resolución nº 453/2019, del TACRC, de 25 de abril de 2019 (sobre la obligación de contratar a desempleados)

En esta Resolución se estudia un pliego que establece la obligación, entre las condiciones especiales de ejecución, de contratar a personas desempleadas domiciliadas en el municipio de ejecución del contrato. El Tribunal resuelve el caso afirmando que, a pesar de que tal condición está vinculada al objeto del contrato, ya que, como se ha mencionado, el sentido utilizado en esta fase es más amplio que en las fases anteriores, genera efectos discriminatorios. Ello porque el hecho de tener que contratar a personas desempleadas empadronadas en un municipio específico deja fuera a los desempleados y desempleadas de otros lugares y, además, también establece barreras a empresas de otras localidades y países.

3) Resolución nº 1071/2018, del TACRC, de 23 de noviembre de 2018 (sobre la aplicación del convenio colectivo de empresa)

En este caso el pliego controvertido prevé la obligación de aplicar los convenios colectivos sectoriales que resulten de aplicación, salvo que las condiciones del convenio de empresa fuesen más favorables, caso en el que entonces se aplicaría este último. El TACRC resuelve que tal condición es discriminatoria por no estar establecida en una disposición de carácter general, tal y como exige la normativa en esta materia concreta, pues afecta a empresas radicadas en otros ámbitos territoriales.

4) Resolución nº 1058/2017, del TACRC, de 10 de noviembre de 2017 (sobre la aplicación del convenio colectivo estatal)

Se trata aquí de una condición especial de ejecución que establece la aplicación del Convenio Colectivo estatal. El Tribunal anula la cláusula en cuanto que la misma vulnera lo explícitamente señalado en la LCSP 2017.

5) Resolución nº 524/2019, del TACRC, de 25 de septiembre de 2019 (sobre subrogación)

Frente a una cláusula que prevé el mantenimiento de las personas adscritas actualmente a la prestación de servicios, el Tribunal procede a anular dicha cláusula por entender que la subrogación no puede imponerse, ni parcial ni totalmente, cuando no deriva de la ley o de un convenio colectivo. Y, por tanto, tampoco puede valorarse como criterio de adjudicación la necesaria absorción de la plantilla.

6) Acuerdo nº 19, del TACPCM, de 10 de enero de 2018 (sobre mejoras salariales)

En cuanto a si es posible establecer mejoras salariales, sin perspectiva de género, haciendo referencia a la obligación de aplicar como mínimo las tablas salariales del convenio colectivo estatal, el Tribunal admite su legalidad pues no impone la aplicación de un determinado convenio colectivo (solo de los salarios establecidos en su tabla salarial) ni lo declara de aplicación.

7) Sentencias del TS, de 26 de noviembre de 2015 y de 23 de mayo de 2016 (sobre aplicación del convenio colectivo del lugar de ejecución)

Se trata de dos relevantes sentencias del TS sobre la posibilidad de exigir el cumplimiento del convenio colectivo del lugar de ejecución, pero analizan la posibilidad desde el punto de vista competencial, sin ahondar en el fondo del asunto desde la perspectiva material de las cláusulas cuestionadas. El TS rechaza en ambas sentencias la competencia de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Gipuzkoa y Araba para regular dicha temática, mientras afirma que tal competencia corresponde al poder legislativo autonómico. No obstante, el Tribunal Supremo mantiene en vigor la cláusula

relativa a la aplicación del convenio colectivo del lugar de ejecución, sin meterse al fondo de la discusión en lo que a la legalidad de la misma se refiere.

ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

En la fase de ejecución del contrato, como en las demás fases previamente analizadas, solamente resultan admisibles las condiciones especiales de ejecución de igualdad de género si están vinculadas al objeto del contrato y no son discriminatorias.

Recuérdese que en esta fase se realiza una interpretación amplia de la vinculación con el objeto del contrato, entendiéndose que se exige que la condición se efectúe durante el cumplimiento y en la ejecución de la prestación contratada, no en otra.

Por tanto, pueden establecerse condiciones especiales de ejecución sobre igualdad de género en **contratos cuyo objeto no esté relacionado directamente con la igualdad**, siempre y cuando no resulten discriminatorias frente a otros colectivos y/o empresas.

Podrían plantearse en este sentido dudas en torno a los posibles efectos discriminatorios de la condición prevista en la Instrucción 2019 del GV relativa a la contratación para la ejecución del contrato de **un número o porcentaje concreto de mujeres**, en vista de lo resuelto en la Resolución nº 453/2019 analizada. Pues bien, a mi parecer, no cabe entender que dicha condición genera efectos discriminatorios ya que queda abierta la posibilidad de contratar a mujeres de cualquier localidad o país y todas las empresas pueden así concurrir en igualdad.

Sobre las **restantes condiciones especiales recogidas** en la Instrucción objeto de estudio hay suficiente base legal e interpretativa por parte de los Tribunales Administrativos como para afirmar que resultan ajustadas a Derecho sin duda alguna.

Por otra parte, en cuanto a si se podrían establecer **mejoras en las condiciones laborales**, entre otras, salariales, del personal encargado de la ejecución del contrato, cabe deducir que, en vista de lo resuelto en la Resolución nº 235/2019 analizada, no sería posible su establecimiento como criterio de adjudicación, pero sí como condición especial de ejecución, estableciendo, por ejemplo, la aplicación de las tablas salariales de un determinado convenio colectivo, pero sin exigir la aplicación de dicho convenio.

Por todo ello, la Instrucción cumple con la LCSP 2017 y las resoluciones de los Tribunales Administrativos, en especial del TACRC, por lo que su aplicación en este punto no debe generar lugar a dudas o controversias.

III. CONCLUSIONES FINALES Y ESTRATEGIA

A la hora de introducir cláusulas de género en la contratación pública la clave radica, como se ha visto, en cómo se interpreta la vinculación entre tales cláusulas y el objeto del contrato. Entre la interpretación amplia y la estricta de tal vinculación el TACRC ha optado por aplicar la estricta en todas las fases del procedimiento de contratación, menos en la fase de ejecución. No obstante, que el TACRC se haya decantado por esta interpretación no quiere decir que no sea discutible, y muchos menos acorde con la legislación y jurisprudencia vigente sobre la temática en cuestión. El motivo de que este Informe se haya centrado en las resoluciones del TACRC es que no existen resoluciones o sentencias de otros tribunales que analicen específicamente la inclusión de cláusulas sobre igualdad de género en la contratación pública.

Es cierto que en la vía judicial existen algunas sentencias sobre la introducción de cláusulas sociales en la contratación pública, pero, salvo alguna que otra, son anteriores a la actual ley de contratos del sector público. No se han encontrado más resoluciones administrativas o jurisprudencia sobre la temática concreta objeto de estudio. Sin embargo, que lo expuesto en este Informe sea sobre todo lo interpretado por parte de los tribunales administrativos, en especial de la mano del TACRC, no quiere decir que dicha interpretación deba ser la correcta o la que deba prevalecer. De hecho, existen otras resoluciones y sentencias en las que se avala la introducción de cláusulas sociales en todas las fases de la contratación, siguiendo en algunos casos la interpretación amplia en cuanto a la vinculación con el objeto del contrato anteriormente mencionada, no solo en la fase de ejecución, sino en todas.

En ese último sentido, a nivel de la Unión Europea, pueden citarse, entre otras, las sentencias Asunto Nord Pas de Calais (C 225/98) y Asunto Max Havelaar (C 368/10). En el ámbito estatal, es de relevancia la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012, que incluso antes de contar con la actual ley de contratación pública, afirmaba que un criterio de adjudicación que otorga puntos en relación al porcentaje de personal

femenino en la empresa es ajustado a derecho. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 27 de junio de 2006 del mismo Tribunal, en un caso en el que se valoraba entre los criterios de adjudicación la estabilidad de la plantilla en general. En cuanto a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, cabe citar, aunque no versen directamente sobre la igualdad de género, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de mayo de 2003 y de 6 de octubre de 2003, sobre la admisión como criterio de adjudicación de una cláusula que otorgaba el 20% de la puntuación a cuestiones ligadas con la estabilidad y la calidad en el empleo.

No solo la jurisprudencia avala tal posibilidad, sino que también parte de la doctrina entiende que a la hora de introducir cláusulas sociales en la contratación pública se debería seguir la interpretación amplia de la vinculación con el objeto del contrato y, por ende, poder admitirse en todas y cada una de las fases del procedimiento de contratación. Por supuesto, cumpliendo todos los límites y principios ligados a la contratación pública.

En fin, tras el exhaustivo análisis de legalidad de la Instrucción 2019 del GV, puede afirmarse que la misma cumple en su literalidad con lo dispuesto en la LCSP 2017 y, casi siempre, con las resoluciones de los Tribunales Administrativos. El problema real aparece en el momento de aplicar dicha Instrucción y, en concreto, a la hora de interpretar cuándo existe la vinculación con el objeto del contrato al que hace referencia la Instrucción en cada uno de sus apartados. Si se aboga por seguir lo dictaminado por el TACRC, se estará optando por la interpretación estricta en todas las fases menos en la de ejecución. Y si se inclina por lo dictaminado por los tribunales de la vía judicial en materia de cláusulas de igualdad de género, se estará defendiendo la interpretación amplia y, por ende, la posibilidad de integrar estas cláusulas en todas las fases de la contratación. En este punto, a modo recordatorio, cabe señalar que tanto el Derecho de la Unión Europea como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tienen prevalencia sobre el ordenamiento interno y la jurisprudencia interna.

Dejando de lado las conclusiones finales de este trabajo, y ahora desde una perspectiva estratégica, se considera oportuno seguir aplicando la Instrucción 2019 del GV pues tal y como se ha visto es ajustada a Derecho en cuanto a su contenido, pero con la advertencia de que caben dos tipos de interpretaciones en cuanto a cómo entender la vinculación con el objeto del contrato. Si se desea evitar a toda costa todo tipo de

objeciones, se deberá optar por la interpretación emanada del TACRC y, por el contrario, si se elige priorizar la interpretación amplia, puede que, a pesar de que existan objeciones en la vía administrativa, puedan obtenerse interpretaciones más favorables en vía judicial. De hecho, en la medida en que es posible recurrir los pliegos en la vía administrativa o judicial, puede que en el caso de que llegasen más litigios a manos de los tribunales ordinarios la interpretación fuese otra.

De cara al futuro, lo idóneo sería aprobar una fuente normativa (ley,...) que recoja el contenido de la Instrucción 2019 del GV o, sino, incluir su contenido en alguna norma previamente existente, como puede ser la Ley vasca de cláusulas sociales del 2016. A su vez, tanto en el presente como en el futuro, se debe seguir exigiendo la aplicación de las cláusulas contenidas en la Instrucción objeto de estudio, ya que, como se ha visto, cumplen la legalidad y además se cuenta con jurisprudencia del TJUE y de Tribunales Superiores de Justicia que lo avalan. Como se ha mencionado previamente, se han estudiado aquí principalmente las resoluciones del TACRC porque es el tribunal que más litigios ha resuelto en materia de cláusulas de igualdad y, por ende, es necesario conocer su línea interpretativa. No obstante, que este Tribunal siga una determinada línea de interpretación no quiere decir que sea la única, ni la más acorde con el marco legal ni la jurisprudencia vigente. De ahí la importancia de seguir reivindicando la aplicación de este tipo de cláusulas, pues puede que en un futuro no muy lejano muchos de los obstáculos hoy presentes dejen de existir.

Bilbon, 2021eko uztailaren 6an.