

LA INTRODUCCIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS CONTRATOS QUE CELEBRE EL SECTOR PÚBLICO

M^a Consuelo Alonso García
Catedrática de Derecho administrativo
Investigadora del Centro de Estudios Europeos “Luis Ortega Álvarez”
UCLM

I-INTRODUCCIÓN

La contratación pública con perspectiva de género supone la inclusión por parte del sector público de cláusulas que fomenten la igualdad de mujeres y hombres en la definición y ejecución de los contratos que realice para adquirir los bienes que precisa, construir obras públicas, gestionar sus servicios o realizar cualquier otra prestación que constituya el objeto de aquéllos.

El peso de los contratos que realiza el sector público en el PIB de la Unión Europea (en torno al 16%¹) permite considerar la contratación pública como una herramienta idónea para conseguir, al lado de los tradicionales objetivos de economía y eficiencia que la misma persigue, otros fines públicos, dando respuesta a retos de carácter medioambiental o social.

Es la denominada “contratación pública estratégica”, gracias a la cual, y mediante la incorporación de determinadas condiciones de carácter medioambiental o social en la concepción y ejecución en los contratos públicos, se incentivan o fomentan políticas públicas, como apoyo a las PYMES, empleo activo, inclusión de grupos desfavorecidos, atención a la discapacidad, innovación, comercio justo, protección ambiental o, por lo que ahora nos interesa, la promoción de la igualdad de género.

En este concreto plano, el gran volumen de mercado y empleo que genera la contratación pública favorecerá que el sesgo de género se proyecte de manera transversal en todos los sectores y políticas públicas que son objeto de los contratos, logrando así la aplicación de uno de los principios fundamentales para la consecución de la igualdad: el *mainstreaming* de género². A su vez, estas políticas más igualitarias repercutirán en una mejora de la economía, lo que propiciará el aumento de los intercambios y el comercio de bienes y servicios. Así lo ha manifestado, entre otros organismos, el Foro de Economía Mundial, que evidencia la

¹ El gasto sería de 1,8 billones de euros anuales. Comisión Europea (2015) *Public Procurement Indicators 2013*. En 2011, el porcentaje se elevaba a 19% PIB.

² Según el Consejo de Europa, el término *transversalidad* o *mainstreaming* supone “la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas” (CONSEJO DE EUROPA, *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de “buenas prácticas”*. Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en mainstreaming (EG-S-MS), Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie documentos, número 28, Madrid, 1999. Pág: 26).

relación de carácter positivo entre la igualdad de género y la competitividad de un país, puesto que genera un importante incremento del PIB, lo que viene a significar que el estímulo de la igualdad pueda ser considerado como “economía inteligente”³. Por otro lado, en los países que han apostado y logrado una mayor tasa de empleabilidad femenina, como Noruega, se ha alcanzado una mayor renta per cápita en relación renta-calidad de vida⁴, contribuyendo a forjar una sociedad más justa e igualitaria.

Pero los beneficios de una contratación pública que tenga en cuenta la perspectiva de género va a alcanzar, además de al conjunto de la sociedad, a todos los operadores económicos que intervienen en un contrato y a sus destinatarios.

Particularmente, para la Administración pública, contribuye a garantizar los principios esenciales del Estado social, entre los que son clave la cohesión y la integración social, el pleno empleo, así como los derechos de los ciudadanos, favoreciendo el cumplimiento de los compromisos normativos, notablemente los internacionales y europeos adoptados en la materia. Se refuerza, asimismo, la transparencia a través de la identificación de la población beneficiaria, los objetivos que se pretenden conseguir y la evaluación de los resultados, así como la cooperación interadministrativa de carácter horizontal. Permite hacer llegar a los poderes públicos las necesidades de ambos sexos y facilita la participación de las mujeres en la elaboración de las políticas públicas, abordando el problema de la desigualdad indirecta. Desde otro orden de consideraciones, la mayor actividad laboral generada por la empleabilidad de las mujeres contribuirá a reducir el gasto público derivado de la necesidad de subsidiar a este sector de la población, contribuyendo igualmente a aumentar los ingresos del Estado por la mayor recaudación impositiva de los salarios de este colectivo. Finalmente, la introducción de este tipo de cláusulas en los contratos públicos no se traduce necesariamente en un desembolso económico excesivo para el sector público, ya que el coste principal de la ejecución del contrato en términos de igualdad lo soportará el licitador.

En el marco empresarial, mejora la responsabilidad social de la empresa y su posición en el mercado: favorece su imagen corporativa y su competitividad, contribuye a ofrecer una mayor notoriedad y difusión de su marca, una mayor fidelidad de los clientes, así como una mejora de su reputación y prestigio. También es una forma de atraer nuevos clientes e inversores, proporcionando un mejor medios de comunicación a través del refuerzo de la publicidad, y la posibilidad de beneficiarse de incentivos: obtención de subvenciones públicas, desgravaciones fiscales o un mejor posicionamiento como licitador en la contratación pública.

A nivel interno, una plantilla que incorpora mujeres entre sus empleados ve incrementada y mejorada la productividad, se enriquecen los puntos de vista y las formas de abordar el trabajo y de resolver los posibles conflictos, contribuyendo a una mayor eficacia en las funciones que se desarrollen.

³ CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL (ITC), *El empoderamiento de la mujer a través de la contratación pública*, Suiza, 2014, p. 13.

⁴ LESMES ZABALEGUI, S: *Cláusulas para la igualdad de mujeres y hombres en contratos, subvenciones y convenios públicos*, (IVM) Emakunde, Vitoria, 2013. Pág: 23.

Evidentemente, estas prácticas favorecen también a sus destinatarios, las mujeres. Fomenta su emprendimiento, dado que ellas se encuentran con mayores dificultades que los empresarios varones a la hora de crear su propio negocio, tales como menor experiencia, limitaciones en el acceso a recursos financieros y productivos y mayor dificultad en la conciliación de la vida familiar y laboral, que sigue pesando fundamentalmente sobre las mismas⁵. Se favorece así el mercado laboral femenino, que supone, al margen de su mayor presencia en el mismo, el empoderamiento de la mujer, haciéndola más fuerte tanto a nivel individual, ya que es independiente desde el punto de vista económico, como en cuanto colectivo y grupo de presión. Todo ello genera la disminución de la tasa de pobreza femenina, incorpora necesidades de la mujer como objeto de toma de decisiones en política, fomenta una visión de una cultura diferente en la sociedad en general y en el ámbito del trabajo en particular, alejada de los roles que tradicionalmente se le han atribuido⁶, contribuyendo a servir de ejemplo y referente a otras mujeres.

El recurso a esta opción no está, sin embargo, exenta de dificultades, como la escasa o nula tradición y preparación de nuestra Administración pública en la concepción de contratos con este perfil, el riesgo que supone que el proceso de contratación quede viciado por la errónea interpretación de las posibilidades que respecto a la inclusión de estas cláusulas brinda la normativa vigente, dados los escasos pronunciamientos jurisprudenciales y de los Tribunales de Recursos contractuales sobre la cuestión, o que la adjudicación quede desierta porque ningún licitador puede cumplir estos condicionamientos exigidos, entre otras. De esta falta de experiencia adolecen también los empresarios que, salvo en muy contadas ocasiones, no han tenido que incluir en sus ofertas este tipo de requerimientos.

II- PREVISIONES NORMATIVAS

La opción que permite la inclusión de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública ya venía avalada por la Unión Europea desde 1996, año en el que se publica el Libro Verde de la Comisión Europea titulado *La contratación pública en la UE: reflexiones para el futuro*⁷, y ratificada por su Tribunal de Justicia entre otras, en sus Sentencias *Gebroeders Beentjes BV*, de 20 de septiembre de 1988 (asunto 31/87), Sentencia *Nord-Pas de Calais*, de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-225/98); Sentencia *Concordia Bus Finland*, de 17 de septiembre de 2002 (asunto C-513/99) o Sentencia *EVN Wienstrom*, de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), y a nivel legislativo en las primeras Directivas sobre contratos públicos (2004/18/CE y 2004/17/CE), y hoy en las Directivas la cuarta generación: 2014/24/UE y 2014/25/UE, ambas de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y sobre la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, respectivamente.

Estas referencias jurídicas que permiten integrar en los contratos estas variables de carácter social o ambiental forman parte de la denominada “responsabilidad social” que persigue la

⁵ CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL (ITC): *El empoderamiento de la mujer a través de la contratación pública*, Suiza, 2014.

⁶ LESMES ZABALEGUI, S. *Cláusulas*. Op. Cit., p. 23.

⁷ Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, a propuesta del Señor MONTI.

Unión Europea, y que reflejan, como indican los propios documentos europeos, -como el Libro Verde titulado *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*⁸-, la tendencia a que las empresas vayan integrando de forma progresiva los aspectos sociales, éticos y medioambientales en su política empresarial y de inversión, sin limitarse a respetar la legislación al respecto.

La traslación al Derecho español de estas primeras previsiones europeas se concretó ya en la Ley 30/2007 y sus sucesivas modificaciones, consolidándose en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto refundido de los Contratos del Sector público, siendo objeto de atención en la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 de 2017 (LCSP, en adelante), así como en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI, en adelante), a la que se añade una prolija legislación sectorial en materia de igualdad de género aprobada por las Comunidades autónomas.

Para guiar tanto a los empresarios que pudieran estar interesados en presentar ofertas en las que se valorasen este tipo de criterios sociales relativos a la igualdad de género como a los poderes públicos, la Comisión Europea ha elaborado la *Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*⁹.

III- LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS DE IGUALDAD DE GÉNERO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SUS LÍMITES

Como no podía ser de otro modo, ya que las Directivas europeas así lo establecen, el Legislador español apuesta decididamente por una contratación pública que apoye objetivos de naturaleza social –entre los que se incluiría el parámetro de la igualdad de género-, medioambiental y de innovación y desarrollo, permitiendo a los poderes públicos adjudicadores la introducción de este tipo de cláusulas en los contratos que suscriban¹⁰.

Esta voluntad queda ya reflejada en el propio Preámbulo de la Ley 9/2017, que señala como uno de los objetivos que persigue que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES y de defensa de la competencia (apdo III).

La incorporación de estos criterios a los contratos se habrá de realizar de manera *transversal* y *preceptiva*, siempre que guarden relación con el objeto del contrato, ya que su previsión, a

⁸ Bruselas, 18.7.2001 COM(2001) 366 final.

⁹ COM (2001) 566 final.

¹⁰ El artículo 28.2 del texto legal contiene un mandato expreso a las entidades del sector público para que valoren la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública.

juicio del Legislador, proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos (art. 1.3).

Además de estas previsiones y mandatos, la Ley establece otras consideraciones de carácter general relacionadas con condicionamientos de género que tanto poder adjudicador como licitadores habrán de tener en cuenta para el diseño de los contratos y de sus ofertas, respectivamente:

En primer lugar, en la determinación del presupuesto base de la licitación, -como límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer al órgano de contratación-, el artículo 100 LCSP indica que en los contratos en los que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, este presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y *con desagregación de género* y categoría profesional, los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

Esta norma, relacionada con la transparencia del contrato permitirá, por ejemplo, comprobar si los costes salariales derivados del empleo de trabajadoras de sexo femenino son más bajos que los indicados para los varones que se encuentran dentro de su misma categoría profesional.

Para facilitar la labor de los licitadores en orden al cumplimiento de sus obligaciones, entre otras en materia de igualdad de género, el artículo 129 de la Ley contempla la posibilidad que asiste a éstos de recabar información al respecto de los órganos públicos. En este sentido, el órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener dicha información. Cuando se facilita la misma, el órgano de contratación solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en esta materia, lo que no obsta para la verificación de las ofertas que incluyan valores anormales o desproporcionados por incumplimiento de dichos deberes. Se evitará de esta manera que el licitador puede ampararse en el desconocimiento de las imposiciones normativas para presentar ofertas más competitivas.

Por último, conviene indicar que nuestra nueva Ley contempla la posibilidad de que el órgano de contratación excepcione la constitución de la garantía definitiva del adjudicatario del contrato, siempre que se justifique adecuadamente en el pliego de cláusulas administrativas y atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, especialmente cuando se trate de contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social (aunque tal reserva no rige para los contratos de obras ni de concesión de obras (art. 107.1) Tal previsión nos parece especialmente adecuada para aliviar el coste del contrato en aquellos casos en los que la finalidad del mismo sea la inclusión de colectivos de mujeres que, además de su condición femenina, se encuentran en situación de vulnerabilidad por ser inmigrante, pertenecer a una determinada etnia o estar en situación de pobreza, lo cual acontece en numerosos casos.

Sin embargo, la extensa amplitud que asiste al sector público para suscribir sus contratos teniendo en cuenta criterios de género no está exenta de límites, los cuales tratan de asegurar el cumplimiento en todo caso de los principios básicos esenciales de la contratación pública:

En primer lugar, el respeto de principios de no discriminación, libre prestación de servicios y libre circulación de mercancías, evitando distorsiones a la libre competencia y concurrencia. En segundo término, la inclusión de este tipo de cláusulas debe estar vinculada al objeto del contrato, no admitiéndose una invocación abstracta o genérica de las mismas. Tercero, los criterios que para la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres persiga el poder adjudicador deben incluirse en los pliegos de condiciones del contrato y en el anuncio de licitación. Ello permite definir con exactitud las reglas que regirán el contrato y la conveniente publicidad del mismo de acuerdo con aquéllos. Finalmente, las cláusulas de igualdad que se inserten en el contrato deben ser suficientemente específicas y cuantificables, de modo que se restrinja lo máximo posible el margen de actuación de que disponen los poderes públicos. Con ello se pretende evitar que la discrecionalidad administrativa se convierta en arbitrariedad y que se utilice la promoción de la igualdad para ocultar otros intereses más particulares.

Conviene precisar que no todas las cláusulas sociales que se incorporan a un contrato tienen el mismo valor jurídico: algunas son de obligatoria inserción por parte de los adjudicadores y de obligatoria observancia para empresarios y licitadores, y cuya transgresión constituirá un incumplimiento de las obligaciones contractuales dando lugar a las correspondientes consecuencias jurídicas. Son ejemplos de ellas las prohibiciones de contratar o las ofertas anormalmente bajas.

Otras, por el contrario, y de mayor interés para este estudio, son medidas destinadas a utilizar la vía contractual como un instrumento de fomento y promoción de la igualdad de género, siendo su inclusión una facultad que asiste al sector público. Forman parte de esta categoría la definición del contrato y la determinación de sus prescripciones técnicas con arreglo a criterios de esta naturaleza, la valoración de las ofertas desde un punto de vista cualitativo, el establecimiento de condiciones especiales de ejecución del contrato, etc.

Finalmente, algunas previsiones legales pueden constituir una vía indirecta de incentivar políticas de igualdad de género: por ejemplo, las llamadas que el texto hace al comercio justo, ya que muchas de las empresas acreditadas como tales están gestionadas por mujeres o cooperativas de mayoría femenina o agrupan un número importante de trabajadoras en sus plantillas (artesanía, pequeños productores de productos agrícolas o de ganadería no intensiva, etc).

IV-FASES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN EN LAS QUE ES POSIBLE APLICAR CRITERIOS PARA PROMOCIONAR LA IGUALDAD DE GÉNERO

La acción de fomento de la igualdad de género puede constituir en sí misma el objeto único y específico del contrato: por ejemplo, la contratación del servicio de gestión de un centro de atención a las mujeres víctimas de violencia de género, la impartición a los funcionarios

públicos de formación en materia de género, la realización de un plan de igualdad para una determinada Administración pública, el diagnóstico de las políticas de igualdad implantadas en un sector, el suministro de uniformes para las mujeres que formen parte de las fuerzas armadas, etc., pero también puede conformarse como una condición de una prestación principal diversa, como por ejemplo, la contratación del servicio público de transporte urbano que tenga en cuenta las necesidades de sus usuarias, la impartición de módulos de formación y emprendimiento para jóvenes y desempleados que considere especialmente a las mujeres en las que concurren estas condiciones o la contratación de un servicio de salud que tenga en cuenta las peculiaridades sanitarias de la población femenina.

Para asegurar la correcta incorporación de la perspectiva de género en los contratos sería conveniente que los órganos encargados del procedimiento contractual reflejasen una composición paritaria o una adecuada representación femenina, tal y como exige la LOI para otros sectores.

La dimensión de la igualdad entre hombres y mujeres puede incorporarse en todas las fases del contrato: preparación, selección del contratista, valoración de las ofertas y ejecución del mismo.

1-FASE 1: PREPARACIÓN DEL CONTRATO: DEFINICIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO

La opción insertar la variable de género en los contratos que suscriba el sector público es una elección que éste ha de barajar y plantearse ya desde en el momento de concebir la prestación que será objeto del contrato, manifestando su voluntad de que la misma se logre condicionándola al cumplimiento de parámetros y objetivos de este carácter, puesto que estos condicionamientos o funcionalidades pasarán a constituir una característica técnica del contrato que deberá incluirse ya de manera expresa en la definición de su objeto. Así lo indica la LCSP, que prevé que se definan de este modo aquellos contratos en los que se estime que puedan incorporarse innovaciones tecnológicas, *sociales* o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.

De esta manera, habrá que indicarse que el objeto del contrato constituye una determinada prestación que incluye esta perspectiva de género. No será necesario realizar tal previsión cuando el objeto del contrato constituya *per se* una prestación que expresamente se dirija al fomento de la igualdad, pero sí cuando el mismo venga referido a un contenido en principio ajeno a estos postulados, pero que se quiera introducir.

En cualquier caso, la determinación del objeto del contrato con arreglo a parámetros de género en esta etapa del procedimiento contractual deberá respetar, al igual que en el resto de fases del mismo, determinados límites, como son: que estén vinculados al objeto del contrato, que se motive adecuadamente la idoneidad y se justifique la consideración del género en el mismo, que estas condiciones se establezcan en las prescripciones técnicas del contrato y que, a tal efecto, se fijen unos requisitos cuantificables mínimos, que se brinde a los empresarios un acceso al contrato en condiciones de igualdad y, de manera muy importante, que dichas cláusulas no vengan referidas a condiciones subjetivas de las

empresas, como capacidad, prácticas o políticas, por ser éstas circunstancias que no pueden integrarse ni valorarse en esta fase del contrato.

La LCSP clarifica, en su artículo 126, cómo se han de definir las prescripciones o especificaciones técnicas del contrato.

A tal efecto, cuando se trate de contratos de obras, se definirán las características requeridas de un material, producto o suministro que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que los destine el poder adjudicador y, en los procedimientos destinados al aseguramiento de la calidad de los materiales de los productos o de los suministros se podrá incorporar el *impacto social*, laboral, ambiental y climático de dichos materiales, productos o actividades que se desarrollen durante la elaboración o utilización de los mismos, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad universal y *diseño universal o diseño para todas las personas*), la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso y los procesos y métodos de producción en cualquier fase del ciclo de vida de las obras.

Cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, se definirán las características exigidas de un producto o de un servicio, como, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el *diseño para todas las necesidades* (incluida la accesibilidad universal y *diseño universal o diseño para todas las personas*) y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la utilización del producto, su seguridad, o sus dimensiones.

Asimismo, se introduce la posibilidad de que tanto los criterios de adjudicación como las condiciones especiales de ejecución incorporen aspectos sociales del proceso de producción y comercialización referidos a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate, y en especial podrá exigirse que dicho proceso cumpla los principios de comercio justo que establece la Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo (2005/2245(INI)) en su apartado 2.

En cuanto a los modos de definición de las prescripciones técnicas, las reglas previstas en la Ley están pensadas fundamentalmente para la incorporación de criterios ambientales al contrato, -por ejemplo, la llamada a la posibilidad de que las mismas se expresen en términos de rendimiento o exigencias funcionales (art. 126.5 a) o haciendo referencia a normas y sistemas de referencia técnica (art. 126.5 b). No obstante, la norma nacional, adaptándose a la Directiva europea 2014/24/UE, permite ahora la referencia a las etiquetas o cualquier documento, certificado o acreditación para confirmar que las obras, productos, servicios, procesos y procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos (art. 127 LCSP). La llamada a estas referencias no sólo simplifica la carga que supone para los adjudicatarios la redacción de las cláusulas del contrato, sino que también facilita al empresario una importante información sobre los términos en los que ha de plantear su oferta para hacerla más competitiva de cara a la licitación.

El propio artículo 127 así lo avala al establecer que, cuando el órgano de contratación tiene la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, social y otro, podrá exigir, tanto para la fijación de las prescripciones

técnicas como en la determinación de los criterios de adjudicación como en las condiciones de ejecución, etiquetas de tipo social o medioambiental, como aquellas relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, el comercio justo, *la igualdad de género* o las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas.

Asimismo, el precepto indica cuáles son las condiciones que han de cumplir las etiquetas (art. 127.2), la forma en la que los poderes adjudicatarios deberán referirse a todo o parte de las mismas (art. 127. 2 in fine y 127.4), así como los medios de acreditación equivalente y otro tipo de pruebas que han de respetar (art. 127.3)¹¹.

El artículo 50 de la Ley Orgánica 3/2007 (LOI) regula el distintivo para las empresas en materia de igualdad, que las acredita como entidad colaboradora en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y que es expedida por un organismo público. El distintivo ha sido desarrollado por el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo “Igualdad en la Empresa”, cuya utilidad consiste en que “cuando los órganos de contratación dispongan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia para aquellas empresas que establezcan medidas tendentes a promover la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa, se entenderá que cumplen tal requisito las poseedoras del distintivo empresarial, sin perjuicio de que tal circunstancia pueda acreditarse por cualesquiera otros medios que el órgano de contratación determine”.

Por último, es necesario indicar que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato pueden, según avala el artículo 45 de la Directiva 2004/24/UE, prever expresamente la posibilidad de incluir las variantes o mejoras en el mismo, posibilitando que los empresarios propongan soluciones más respetuosas desde el punto de vista ambiental o desde la perspectiva social o de igualdad de género.

En el caso de que así las contemplen, los pliegos deberán fijar los requisitos mínimos que han de cumplir las mismas, así como las modalidades de su presentación (art. 142 LCSP).

¹¹ El Tribunal de Justicia de la UE (Sala Tercera), en su sentencia de 10 de mayo de 2012 (Comisión Europea/Reino de los Países Bajos, asunto C-368/10, *café neerlandés*), declaró el incumplimiento por parte de los Países Bajos de sus obligaciones asumidas en virtud de la Directiva 2004/18/CE, estimado que uno de sus poderes adjudicadores hizo referencia a determinadas etiquetas sociales y medioambientales en el pliego de condiciones de una licitación relacionada con el suministro de máquinas expendedoras de café y té en lugar de utilizar especificaciones detalladas, valoró que a las ofertas que presentaren los productos provistos de etiquetas determinadas se les concedería un determinado número de puntos en el marco de la selección de la oferta económicamente más ventajosa, sin haber indicado los criterios en que se basan esas etiquetas ni autorizado que se presentara a través de cualquier medio adecuado la prueba de que un producto reunía esos criterios, estableció un nivel mínimo de capacidad técnica no autorizado por la Directiva al imponer, como requisitos de aptitud y niveles mínimos de capacidad establecidos en el pliego de condiciones de dicho contrato, la condición de que los licitadores reuniesen “los criterios de sostenibilidad de las compras y responsabilidad social corporativa”, e indicasen cómo reúnen esos criterios y de qué manera “contribuyen a mejorar la sostenibilidad del mercado del café y a una producción de café responsable desde el punto de vista ecológico, social y económico”, y, finalmente, al formular estos requisitos, impuso una cláusula contraria a la obligación de transparencia prevista en el artículo 2 de dicha Directiva.

La Directiva prevé, incluso, que los poderes públicos puedan no sólo autorizar a los licitadores a presentarlas, sino, además, exigirles que lo hagan, obligación que no prevé nuestro Derecho, que sólo habla de “autorizar” o “admitir” su “posible” presentación.

Esta solución puede ser un método útil si no está seguro del coste de la incorporación de la medida al contrato o de otros efectos de un producto o servicio alternativo. También puede permitir que los licitadores presenten más de una oferta: una convencional y una variante. Por supuesto, las variantes también deben guardar relación con el objeto del contrato.

2-FASE 2: REQUISITOS EXIGIDOS A LOS CONTRATISTAS PARA PARTICIPAR EN LA LICITACIÓN

Al contrario que en el ámbito de la contratación civil, en el que hay libertad para la elección del contratista, el sector público tiene coartada dicha libertad por una serie de reglas que tienden a asegurar tanto la participación de todos los interesados en la licitación como a garantizar que el sujeto elegido es el idóneo para realizar la prestación del contrato.

En este sentido, la LCSP indica una serie de prohibiciones para contratar y establece unos requisitos previos de solvencia que el empresario ha de reunir para acreditar su capacidad para realizar la contraprestación en el caso de que resulte adjudicatario del contrato. Ambas exigencias responden a un análisis previo de las condiciones del operador económico que determinan su admisión o no al procedimiento contractual, impidiéndole el acceso a la licitación si no las cumple.

A-PROHIBICIONES PARA CONTRATAR

El artículo 71.1 a) de la LCSP dispone que no podrán contratar con el sector público las personas que hayan sido condenadas mediante sentencia firme por una serie de delitos que prevé el propio precepto. Obviamente, estos tipos delictivos no tienen todos como bien jurídico protegido la igualdad de género. Sin embargo, entre ellos si se prevén algunos que pueden atentar de forma importante a colectivos o trabajadores de sexo femenino, como la trata de seres humanos, los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Dada la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, esta prohibición alcanza también a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables¹² y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de

¹² La modificación legal referida incluyó en el Código Penal el artículo 31 bis, que establece que cualquier persona jurídica, incluidas las sociedades mercantiles estatales, pueden ser sujetos responsables desde el punto de vista penal. Se produce así en nuestro Derecho la abolición del principio romano *societas delinquere non potest*. La responsabilidad penal de las personas jurídicas se modula en diversos artículos que establecen los sujetos que pueden ser penalmente responsables, los delitos de los que pueden responder las personas jurídicas y el sistema de penas previsto para las mismas.

derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado.

La dificultad se encuentra en la exigencia de que para que opere dicha excepción subjetiva, debe haberse dictado no sólo una sentencia judicial, sino que la misma ha de ser firme.

También serán excluidos de la licitación las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, en materia de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto (art. 71.1 b) LCSP). Tal prohibición se extiende a quienes no hayan cumplido con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la LOI, que lo exige (art. 46bis 2) para aquellas empresas de más de 250 trabajadores (art. 71.1 d) LCSP).

Precisamente esta Ley Orgánica de Igualdad de 2007 (LOI) modificó, a través de su disposición adicional decimocuarta, el referido Texto refundido de 2000 para integrar en el mismo las siguientes nuevas infracciones relacionadas con el incumplimiento de la normativa en materia de igualdad. Concretamente:

-“No cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación” (nuevo apartado 13 del artículo 7 del RD Legislativo).

-“Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, ..., así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación” (nuevo apartado 12 del artículo 8 del RD Legislativo).

-“El acoso ... por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo” (se añade el apartado 13 al artículo 8 del RD Legislativo).

-En el nuevo artículo 8.17 queda recogida en la actual normativa de contratos para excluir la participación en procedimiento contractual de los empresarios que no hayan elaborado o aplicado el plan de igualdad, o que lo hayan incumplido manifiestamente los términos previstos, cuando exista obligación de realizar dicho plan.

Según se desprende del contenido del artículo 72 de la vigente Ley, la virtualidad de las prohibiciones que hemos analizado (apartados a) y b) del artículo 71), parece ser automática, sin que sea necesaria la declaración administrativa previa sobre la concurrencia de la prohibición. En estos supuestos, la prohibición se apreciará directamente por los órganos de contratación y permanecerá con el alcance y duración indicado en la sentencia o la resolución administrativa, cuando ésta se hubiera pronunciado expresamente sobre tales aspectos, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas. En el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no se pronuncien sobre este alcance o duración, corresponderá fijarla al Ministro de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. En cualquier caso, la duración de la prohibición cuando la sentencia no la haya establecido, no podrá exceder de cinco años desde la fecha de la condena por sentencia firme (art. 72.6 LCSP).

Corresponderá al empresario acreditar que no se encuentra incurso en ninguna prohibición para contratar (art. 85 LCSP).

B-EXIGENCIA DE UNA CIERTA SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL AL CONTRATISTA

Pero, además de no incurrir en las circunstancias enervantes que hacen imposible la participación en los procesos contractuales, quien pretenda contratar con el sector público ha de demostrar su capacidad para hacer frente con la suficiente solvencia a la prestación que constituya el objeto del contrato. Si en la definición de éste se han incluido condiciones específicas con relación a la igualdad de género, es lógico que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se exija como requisito de acreditación de la solvencia técnica o profesional del empresario, la experiencia, conocimientos y medios técnicos que le permitan atender dichos requerimientos.

Así lo avala la citada *Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea*, en cuyo apartado 1.3.2, relativo a la “Integración de aspectos sociales al comprobar la capacidad técnica de los candidatos o licitadores”, que señala que si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social, es lícito *exigir una experiencia concreta* como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos. Las pruebas que permiten exigir las Directivas sobre contratos públicos sólo ofrecen la posibilidad de tener en cuenta la «solvencia social» de la empresa si ésta demuestra la capacidad técnica para ejecutar un determinado contrato.

Los medios para acreditar la solvencia profesional o técnica del empresario serán los documentos que determine el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la Ley. En cualquier caso, el artículo 76.2 LCSP supedita la libertad de elección de estos medios acreditativos de que disponen los órganos de contratación a que los mismos se hagan constar en los pliegos. Los licitadores se comprometerán dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, y los pliegos o el documento contractual les atribuirán carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, sobre

causas de resolución del contrato, o establecer penalidades conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

Para los contratos que no estén sujetos a legislación armonizada, el órgano de contratación podrá admitir de forma justificada otros medios de prueba distintos de los previstos en dichos preceptos.

Dichos medios de prueba dependerán del objeto del contrato, señalando la Ley los diferentes documentos que los poderes adjudicadores pueden utilizar para comprobar la solvencia empresarial según se trate de contratos de obras, suministros o servicios (arts. 88, 89 y 90¹³).

En materia de género, se podrá requerir:

-Experiencia y trayectoria profesional previa por haber realizado trabajos y servicios análogos en los últimos años.

-Capacitación técnica del licitador.

-Contar con personal técnico adecuado que posea la titulación suficiente que acredite haber recibido formación académica y poseer experiencia específica en el tema.

La posibilidad que asiste a los poderes adjudicadores de exigir la solvencia profesional de los empresarios en materia de igualdad de género no amparará la exigencia de que la empresa licitadora posea con carácter previo una plantilla paritaria, ya que pudiera haber hombres igualmente formados en materia de igualdad y vulneraría la libre competencia. Tampoco sería posible exigir que en el objeto social, la escritura o los estatutos de la empresa o entidad figure como objetivo el favorecimiento de la igualdad entre mujeres y hombres, ya que dicha previsión no garantiza su solvencia técnica y resultaría discriminatorio respecto a otras empresas o entidades capacitadas en igualdad pero sin dicha declaración expresa¹⁴.

3-FASE 3: VALORACIÓN DE LAS OFERTAS

En esta fase del contrato, la Administración valorará las ofertas presentadas para determinar cuál de ellas es la más idónea para realizar correctamente la prestación objeto del contrato.

Se analizan aquí tres circunstancias: la determinación de la oferta más ventajosa (A), la posibilidad de incluir variantes o mejoras en el contrato (B), y las posibilidades que tiene la Administración de dirimir los empates con arreglo a criterios de igualdad de género (C).

¹³ El artículo 90.3 de la Ley indica para el contrato de gestión de servicios, que 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, remitiendo para su acreditación a los medios expresados en el apartado 1 del precepto.

¹⁴ LESMES ZABALEGUI, S: *Cláusulas...*, cit. Págs: 55 y 56.

A-CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS PROPOSICIONES Y DETERMINACIÓN DE LA “OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA”

Uno de los objetivos que inspira la contratación pública estratégica es procurar una mejor relación calidad-precio del objeto del contrato, de tal manera que los órganos adjudicadores puedan evaluar las ofertas con arreglo a otros aspectos distintos del precio o valor económico del contrato, como pueden ser la calidad, los rendimientos medioambientales, las condiciones sociales o la innovación.

Antes de seguir avanzando en las posibilidades que asisten a los órganos adjudicadores de estimar los elementos cualitativos de la prestación, conviene aclarar que cuando éstos se refieran a criterios de carácter social, los mismos podrán definirse bien como especificación técnica del contrato, -según se ha analizado anteriormente-, bien como criterio de adjudicación. Convendrá que el expediente de contratación puntualice convenientemente de acuerdo a qué categoría y en qué fase del contrato van a ser exigidas estas especiales condiciones, puesto que las consecuencias jurídicas de su previsión en una u otra son bien distintas.

En efecto, las especificaciones técnicas son las exigencias mínimas que deben ser cumplidas por todas las ofertas para poder acceder a la licitación. Se trata, por consiguiente, de condicionantes de aceptación/exclusión de las empresas licitadoras que se aplican a todas las ofertas por igual. Los criterios de adjudicación del contrato que incorporan aspectos sociales, sin embargo, estiman un especial comportamiento socialmente responsable que el licitador incorpora a la prestación objeto del contrato, superando el estándar mínimo y uniforme exigido a todo empresario. De esta manera, el órgano contratante podrá asignarle una mayor puntuación, una preferencia, un plus o ventaja sobre su competidor. No se trata, por tanto, de excluir productos o servicios que no alcancen el nivel propuesto, sino de premiar a aquel que lo realiza de manera más eficiente.

La posibilidad de apreciar estos otros aspectos del contrato al lado del precio del mismo fue una de las importantes novedades que introdujo la Directiva europea 2014/24/UE para estimular la contratación sostenible. Y es que, aunque terminológicamente la misma mantenga la expresión “oferta económicamente más ventajosa” como criterio determinante de la que ha de resultar elegida, y aunque esta elección continúe basándose en el precio o coste del contrato, se permite el llamamiento a estos otros factores cualitativos (art. 67).

La facultad de los poderes adjudicadores en este caso no es, en absoluto, tal y como indica el propio artículo 67.4 de la Directiva, ilimitada, por lo que, para acotarla y que no se convierta en arbitrariedad, los criterios que entrarán a formar parte de la valoración del contrato tienen que estar preestablecidos, publicados y basarse en la oferta económicamente más ventajosa, garantizando unas condiciones de competencia efectiva.

Corresponde a cada autoridad contratante determinar qué criterios de adjudicación se aplican y qué ponderación se asigna a cada uno de ellos, no existiendo un máximo fijado a propósito de la puntuación que la misma puede otorgar a aquéllos.

La vigente Ley de contratos española ya no se refiere, como hacía el anterior texto, a la oferta económicamente más ventajosa como criterio adjudicación de los contratos, sino que considera que ésta se realizará “utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio” (art. 145.1). Por su parte, el artículo 145. 2 precisa que la mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. Entre estos criterios cualitativos se podrán incluir aspectos medioambientales o *sociales*, vinculados al objeto del contrato, que podrán ser, entre otros: la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones. Las características sociales se referirán, según indica la norma, entre otras, al 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 sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; *los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato 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; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.*

La Ley determina, asimismo, los contratos en los que necesariamente se ha de valorar más de un criterio de adjudicación (art. 145.3). Por lo que a este estudio se refiere, estos contratos serán: el de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato o promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava (reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones) y los de servicios intensivos en mano de obra (145.3 g).

Estos criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes, el cual podrá consistir, a elección del órgano de contratación, en el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148.

Ejemplos de criterios que se podrán tener en cuenta para valorar las ofertas desde el punto de vista de la igualdad de género podrían ser: el número de mujeres que se beneficiarán o que serán usuarias del contrato, la aplicación de medidas específicas para fomentar la igualdad: formación, selección, conciliación, representación, etc., la utilización de lenguaje no sexista en la documentación y materiales, fomento de una imagen en valores de igualdad, el compromiso de realizar acciones de prevención de riesgos laborales y salud laboral adaptadas a las características diferenciadas de sexo, la realización de acciones de sensibilización en la plantilla que ejecutará el contrato sobre los derechos en materia de igualdad de género, el desglose por sexos de los resultados y conclusiones de estudios y estadísticas, la atención a

las peculiaridades sociales, psicológicas o fisiológicas de las mujeres en la configuración de un servicio o de las características técnicas de un bien, etc.

Además de los límites que respecto de estas valoraciones establecen los artículos 145.5 de la LCSP (previsión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo del contrato, inclusión en el anuncio de licitación, la vinculación de los mismos al objeto del contrato, su formulación de manera objetiva y la prohibición de que al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada) y 146 (que indica que cuando se utilicen varios criterios de adjudicación, en su determinación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos), se aplicarán otras previsiones importantes: debe tratarse de criterios aptos para la evaluación de las cualidades intrínsecas de la prestación, son una exigencia que se proyecta hacia el futuro, un compromiso de actuación en un determinado sentido que favorezca la igualdad y no pueden referirse a aspectos subjetivos de las empresas que deban preexistir a la ejecución del contrato¹⁵ ni tampoco a la totalidad de la empresa, sino sólo a la plantilla o centro adscritos al contrato¹⁶.

¹⁵ En este sentido es ilustrativa la STS de 17 de julio de 2012 (recurso 5377/2009. Pte. Magistrado Nicolás Maurandi Guillén) en la que se plantea la validez de cláusula de discriminación positiva por razón de género introducida en un contrato de obras de una estación de aguas residuales ofertado por la Consejería de Fomento de la Junta de Extremadura en el que para su adjudicación se otorgaban puntuaciones en atención al “porcentaje de personal femenino fijo en la empresa”.

El Tribunal Supremo desestima el recurso planteado contra la decisión de primera instancia adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que admite esta opción al considerar que “... primar en un grado razonable a aquellos contratistas que hayan incorporado a su plantilla a mujeres” puede “... favorecer laboralmente a la mujer en caso de igualdad de méritos de los candidatos”.

Sin embargo, la Sala de casación (TS) considera la validez de la cláusula de género inserta en el contrato en la medida en que a la misma “... no se le atribuye el valor de constituir un criterio más de adjudicación que juegue de manera acumulativa con los demás, sino el de ser un elemento para otorgar una preferencia en la adjudicación solamente en el caso de que, con la aplicación de los criterios objetivos que deben regir en la adjudicación, se produzca una situación de igualdad o empate entre dos o más ofertas o proposiciones, siempre y cuando dicho criterio “... se utiliza con posterioridad a la aplicación de los criterios objetivos que deben decidir la adjudicación, una vez advertida la igualdad en esos criterios y como preferencia para decidir el empate producido” (FJ 5º).

Esta interpretación es la que sostiene SÁNCHEZ MORÓN (“Discriminación positiva por razón de género y adjudicación de contratos públicos, *Revista Justicia Administrativa*, 58 (2012). Pág: 9), quien considera que estos criterios han de venir referidos “... a los efectos que la ejecución del contrato puede tener sobre los destinatarios de las prestaciones del contrato, como pueden ser los beneficiarios principales de una obra pública o servicio”, y es la más acorde con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al empleo público, -Directiva 76/207/CEE-, que si bien permite otorgar preferencia a candidatas femeninas en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas, lo es siempre condicionándola a que las mismas presenten igual capacitación que los candidatos masculinos, ignorando la preferencia cuando uno o varios criterios objetivos inclinen la balanza a favor de los candidatos del otro sexo (SSTT de 17 de octubre de 1995, -caso *Kalande* (asunto C-450/93)- y de 11 de noviembre de 1997 -caso *Marschall* (asunto C-409/95)-).

¹⁶ Respecto a las cuestiones que se pueden incluir como criterios de valoración de las ofertas, LESMES ZABALEGUI señala como criterios no válidos los siguientes: que en el momento de presentar su propuesta técnica la plantilla de la empresa esté conformada en un 50% por mujeres, tampoco que la empresa licitadora se comprometa a conformar el total de la plantilla de su empresa por un 50% de mujeres ni que en el momento de presentar su propuesta técnica la empresa tenga aprobado y aplicado un Plan de Igualdad ni que la misma posea un distintivo oficial como entidad colaboradora en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

B-ADMISIÓN DE VARIANTES O MEJORAS

Las mejoras como criterio de adjudicación, y no como determinación de las prescripciones técnicas del contrato (a las que nos hemos referido anteriormente), son las condiciones que mejoren voluntariamente las prestaciones objeto del contrato, las prescripciones técnicas complementarias o adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, que en ningún caso pueden alterar la naturaleza de dichas prestaciones ni del objeto del contrato (art. 145.7).

Las propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación. Deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción, los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

Para su admisión, el anuncio de licitación debe prever la posibilidad de presentarlas y en los pliegos se han de especificar las cuestiones concretas sobre las que han de versar, así como en qué condiciones se autoriza su presentación

Son ejemplos de estas variantes o mejoras en materia de igualdad: la incorporación de la perspectiva de género en el contenido de módulos formativos, la previsión de medidas de conciliación para las personas usuarias o beneficiarias de la prestación objeto del contrato, o el fomento del empleo de las mujeres por tratarse de un sector en el que se encuentran subrepresentadas.

C-DETERMINACIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO COMO CRITERIO DE PREFERENCIA EN CASO DE EMPATE

La LOI prevé, en su artículo 34.2 para los contratos que celebre la Administración General del Estado, la posibilidad de que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se establezca la preferencia en la adjudicación de aquellas proposiciones presentadas por las empresas que igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en la legislación de contratos.

El artículo 147 de la LCSP admite esta opción, al indicar que los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de

Sí podrán, en cambio, considerarse y valorarse que la empresa licitadora estos criterios: que se comprometa a emplear para la ejecución del contrato a un 50% de plantilla compuesta por mujeres, siempre que se adscriban material y funcionalmente a la ejecución de la prestación, que la empresa aplique un Plan de Igualdad a la plantilla que ejecutará la prestación contractual y que se comprometa a aplicar para la plantilla que ejecutará el contrato las medidas dirigidas a lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres que le hicieran obtener tal reconocimiento (*Cláusulas...*, op, cit. Pág: 62).

adjudicación específicos para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas.

Para el caso de la igualdad de género, dichos criterios podrán referirse a:

-En los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial (art. 147.1c).

-Las ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo para la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo (art. 147.1d).

-Proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 147.1e).

Si dichos criterios no se hubieran incluido en los pliegos particulares, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:

a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla (art. 14.7.2 a).

b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas (art. 14.7.2 b).

c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas (art. 14.7.2 c).

d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate (art. 14.7.2 d).

Para que opere esta preferencia, las empresas han debido haber implantado las medidas referidas con anterioridad a la licitación, en el momento de acreditar su solvencia técnica profesional, por tanto, antes de presentar su oferta.

Las normas autonómicas en materia de igualdad nos presentan muchos ejemplos de estas cláusulas, pudiendo consistir en la preferencia a favor de empresas que hayan adoptado medidas para evitar la discriminación laboral, a lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar o el estar en

posesión de marcas o distintivos de excelencia en materia de igualdad o tener implantado un Plan de igualdad.

Sin embargo, estos criterios tienen muy escasa operatividad práctica, por ser sumamente difícil, cuando no imposible, que se produzca un empate en la valoración de las proposiciones.

D-OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS

El artículo 149 de la LCSP regula el procedimiento que debe entablar el órgano adjudicador cuando presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hace anormalmente baja. Dicho procedimiento pasará por un requerimiento al licitador dándole un plazo para que justifique y desglose, razonada y detalladamente, el bajo nivel de los precios, costes o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos, y será especialmente pertinente si esta baja se refiere al “respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, *social* o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201” de la Ley (art. 149.3).

En todo caso, la propia norma obliga a que los órganos de contratación rechacen las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o *no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral*, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201, que remite al anexo V de la propia norma, entre los que se incluyen: Convenio OIT n.º 29, sobre el trabajo forzoso, Convenio OIT n.º 105, sobre la abolición del trabajo forzoso, Convenio OIT n.º 138, sobre la edad mínima, Convenio OIT n.º 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), Convenio OIT n.º 100, sobre igualdad de remuneración, y Convenio OIT n.º 182, sobre las peores formas de trabajo infantil.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando ésta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

Entre estas causas podríamos señalar que la baja se haya producido a costa de una disminución del salario de las mujeres de la plantilla, por ejemplo.

4- FASE 4: EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

A- LA CORRECTA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Velar por la correcta ejecución del contrato asegurando el cumplimiento de la legalidad vigente es uno de los cometidos de los órganos de contratación, como así establece el artículo 201 LCSP, que indica que los mismos tomarán las medidas pertinentes para garantizar que

en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, *social* o *laboral* establecidas en el Derecho de la Unión Europea, en el Derecho nacional en los convenios colectivos o las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular, las establecidas en el anexo V de la norma, antes reseñadas.

Les asiste, por consiguiente, la potestad de comprobar, tomando a tal efecto las medidas oportunas y durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen estas referidas obligaciones, cuya vulneración, y, en especial, los incumplimientos y los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, darán lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192 de la norma.

B-ESTABLECIMIENTO DE CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

Ya el artículo 33 de la Ley Orgánica 3/2007 (LOI), admitía la posibilidad de que los órganos de contratación, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, puedan establecer *condiciones especiales* con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público. Dicha opción se convierte en obligatoria para aquellos contratos que celebre la Administración General del Estado cuando así lo establezca, anualmente, el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral (art. 34.1).

En desarrollo de este precepto, el Consejo de Ministros adoptó con fecha 19 de octubre de 2007, el *Acuerdo por el que se fijan directrices para la inclusión en los contratos públicos de condiciones dirigidas a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, entre cuyo contenido se destaca la inclusión en los contratos de condiciones especiales de ejecución dirigidas a promover la igualdad.

Según el documento del Gobierno, entre estas condiciones especiales se podría incluir la obligación de que entre el personal que vaya a ejecutar la prestación objeto del contrato se encuentre un porcentaje mínimo de mujeres. Si considera tal circunstancia, habrán de observarse las siguientes reglas: primera, dicha obligación y porcentaje deberán estar referidos a las nuevas contrataciones de personal que sean eventualmente necesarias para cumplir el contrato, sin afectar, por tanto, a los trabajadores que ya pertenezcan a la empresa; segundo, el porcentaje de participación de mujeres se fijará atendiendo a las características del contrato y del sector de actividad a que éste se refiera, así como a la disponibilidad efectiva de trabajadoras en el mismo, tomando como referencia a tales efectos los datos de la EPA correspondientes al mes de diciembre del año inmediatamente anterior al de la adjudicación del contrato, y tercero, para conocer la disponibilidad de mano de obra femenina en el sector de actividad u ocupación de que se trate, se estará a lo que el servicio público de empleo correspondiente certifique sobre la existencia o no de mujeres demandantes de empleo (apartado tercero 2).

La LCSP desarrolla estas previsiones regulando las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden, que serán de aplicación a todos los contratistas (art. 202).

El ejercicio de dicha potestad tendrá como límite que dichas condiciones estén vinculadas al objeto del contrato (en el sentido del artículo 145), no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho europeo y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

Más allá de esto, la propia Ley impone con carácter obligatorio que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se estipule al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de *tipo social*, proponiendo algunos ejemplos de estas últimas, como 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 o combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración.

Lamentablemente, la redacción disyuntiva del precepto admite que los poderes adjudicadores impongan sólo una cláusula de esta naturaleza de entre las tres tipologías enunciadas, y ello pese a que el establecimiento de condiciones especiales destinadas a promocionar la igualdad de género en la fase de ejecución del contrato presenta una importante ventaja con respecto a su inclusión en la fase de valoración del contrato a través del diseño de los criterios de adjudicación, y es que la obtención de estos resultados queda aquí, en este último trámite del procedimiento contractual, garantizada por completo. Así lo ha considerado LESMES ZABALEGUI, para quien “si establecemos un criterio de valoración para las empresas que contraten para la ejecución del contrato a una mujer víctima de violencia contra las mujeres, puede suceder que la empresa adjudicataria no haya asumido compromisos al respecto, así el resultado será nulo. Si por el contrario incorporamos dicha contratación como una condición de ejecución, todas las empresas estarán obligadas a asumir el compromiso en su propuesta y lograremos el objetivo propuesto”¹⁷.

V-CONCLUSIONES

PRIMERA

La Unión Europea ha realizado una apuesta definitiva por la contratación pública con dimensión social como instrumento estratégico para conseguir unas mejores prestaciones del contrato y un mejor nivel de protección en este ámbito. Entre las previsiones de contenido social se encuentran, lógicamente, las destinadas a promover la igualdad entre mujeres y hombres.

¹⁷ S. LESMES ZABALEGUI: *Cláusulas...*, op, cit. Págs: 80 y 81.

Las Directivas de contratación pública de 2014, y en especial la 2014/24/UE, han diseñado un marco jurídico muy amplio para que los poderes adjudicadores nacionales puedan incluir la perspectiva de género en todos los contratos que suscriban. De esta manera, se admite la posibilidad de insertar este tipo de cláusulas en todas las fases del contrato -concepción del objeto del contrato con arreglo a estos parámetros, valoración de las ofertas desde el punto de vista cualitativo, rechazo de las ofertas anormalmente bajas cuando la rebaja sea a costa de incumplimientos sociales y ambientales-, y se amplía la eficacia de los mecanismos jurídicos ya existentes para estimarlas -prohibiciones para contratar, utilización de etiquetas y certificaciones para definir las características técnicas de la prestación objeto del contrato o acreditar la solvencia profesional o técnica del empresario, incorporación de condiciones especiales relacionadas con la igualdad de género en la ejecución de un contrato, etc-.

SEGUNDA

El nuevo texto legal español proporciona a los órganos contratantes un gran potencial para contratar teniendo en cuenta criterios sociales y de igualdad de mujeres y hombres. No obstante, el mismo podría haber sido más ambicioso en la regulación de ciertas cuestiones, como la obligación de establecer condiciones especiales de naturaleza ambiental, social o de pleno empleo en la ejecución del contrato de manera alternativa y no acumulativa, haberla restringido exclusivamente a la fase de ejecución del contrato, o considerar que las prohibiciones para contratar exigen la firmeza de la sentencia penal o de sanción administrativa, concurriendo en este último caso, además, el carácter muy grave de la infracción apreciada.

TERCERA

El principal obstáculo que, desde nuestro punto de vista, dificulta la operatividad práctica de la incorporación de la dimensión de género a los contratos que celebre el sector público se debe a tres causas: primera, la escasa formación que sobre este punto se ofrece a los órganos encargados de tramitar los procedimientos contractuales; segundo, la falta de información que al respecto, en muchos casos, adolecen los mismos, y tercero, la ausencia de coordinación entre las distintas unidades administrativas implicadas en la resolución de los procedimientos contractuales, coordinación que debe considerarse como un presupuesto básico de los mismos dado el carácter transversal de toda política tendente a promover la igualdad de género.

No obstante, esta situación puede superarse ofreciendo una mayor formación y apoyo a los órganos de contratación, elaborando y actualizando guías, manuales, instrucciones y orientaciones que les puedan ilustrar en esta labor, y esperando a un mayor rodaje de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales sobre el alcance de la introducción de estas cláusulas en los contratos, que hasta ahora es muy escasa.

CUARTA

A las dificultades señaladas hay que añadir otras a las que se enfrentan las empresas, especialmente las PYMES, cuando tratan de atender ciertos requerimientos y condicionamientos de igualdad de género que suponen un plus en cumplimiento de sus obligaciones de carácter social, como son la correcta elaboración de las ofertas de acuerdo con los criterios exigidos por el adjudicador o la lentitud y dificultad para obtener determinadas certificaciones que acrediten su comportamiento socialmente responsable en esta materia.

A nuestro juicio, se debería ofrecer un mayor reconocimiento y valorar de alguna manera en el proceso contractual los esfuerzos de las empresas que ya realizan prácticas para promover esta igualdad.

VI-BIBLIOGRAFÍA

-CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL (ITC): *El empoderamiento de la mujer a través de la contratación pública*, Suiza, 2014.

-CONSEJO DE EUROPA: *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de “buenas prácticas”*. Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en mainstreaming (EG-S-MS), (versión español e inglés), Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie documentos, número 28, Madrid, 1999.

-GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: “Las cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Documentación Administrativa*, 4 (2017).

-HERNÁIZ SALGUERO, Elena: “Cláusulas sociales en la contratación pública”, en *Tratado de los Contratos del Sector Público*, (dir. E. Gamero e I. Gallego), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

-JUAN GÓMEZ, Mateo C: “Breves apuntes sobre discriminación positiva por razón de género y contratación pública”, *Diario La Ley*, nº 8978, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 2017.

-LESMES ZABALEGUI, Santiago: *Cláusulas para la igualdad de mujeres y hombres en contratos, subvenciones y convenios públicos*, (IVM) Emakunde, Vitoria, 2013.

Guía para incorporar la perspectiva de género en las subvenciones y los contratos públicos: <http://www.navarra.es/>

-MEDINA ARNÁIZ, Teresa: Ponencia “Las Etiquetas Sociales en la Contratación pública”, *VII Seminario sobre contratación pública*. Formigal, 2016.

-SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: “Discriminación positiva por razón de género y adjudicación de contratos públicos”, *Revista Justicia Administrativa*, 58 (2012).

-RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo: *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el RDL 3/2011*, La Ley, Madrid, 2012.

-VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia: “Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública”, en *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Navarra, 2013.

-ZAMBONINO PULITO, María: “La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la contratación de las Administraciones Públicas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 175 (2008).