

Cuestiones prácticas sobre las clausulas sociales en la contratación pública

Ana Marín San Román

Abogada del Estado

Índice

1. Normativa.
2. Influencia de la contratación socialmente responsable en los actos de preparación.
3. Cuestiones prácticas en la materia en la fase de preparación:
 - Prohibiciones de contratar.
 - Influencia de los costes salariales en el cálculo del Presupuesto base de licitación y el Valor estimado del Contrato.
 - Pliegos y expediente de contratación.
 - Etiquetas.
4. Ofertas anormalmente bajas. Art 149 de la LCSP.
5. Subrogación de los trabajadores en las contrata de servicios. Especial referencia al mismo y a cuestiones prácticas.
6. Criterios de Adjudicación.
7. Requisitos de la inclusión de cláusulas sociales.
 - Qué cláusulas sociales.
 - Resoluciones del TARC.

La Directiva 2014/24/UE no dejaba lugar a dudas a que los Estados miembros debían incorporar en la contratación pública aspectos de notable trascendencia, así: el incremento de la eficiencia del gasto público, el acceso de las pequeñas y medianas empresas (autónomos) y cómo no, la incorporación de cláusulas medioambientales, sociales y laborales como herramientas jurídicas al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines y valores fundamentales. En definitiva, **la contratación del sector público no como un medio para la ejecución de la obra, la prestación de un servicio o la adquisición de un suministro, sino como, un instrumento para alcanzar la cohesión social, la redistribución de la riqueza, la igualdad y la justicia.**

NORMATIVA

DIRECTIVA 2014/24:

- Considerando 123, hace mención a la contratación estratégica en el ámbito social y medioambiental.
- Considerando 37, alude al debido cumplimiento de la normativa vigente en dichos ámbitos, si bien, advierte que el mismo no puede ir en detrimento del principio de igualdad de trato entre los licitadores de diversos Estados miembros y sus trabajadores (en este sentido: Resolución TACRC 391/2016 de 20 de mayo).

LCSP 9/2017:

- Exposición de Motivos, apartado V.
- Arts.1.3 y 28.2.
- Plan de Contratación Pública Ecológica de la AGE (2018-2025); Orden 31 enero 2019 por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018.
- Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable;**
Orden 21 de mayo de 2019 Acuerdo Consejo Ministros 12 abril de 2019.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014



JORNADAS PARA LAS
ADMINISTRACIONES
LOCALES

Una visión adaptada a los nuevos tiempos

El encaje de las cláusulas sociales queda servido no sólo como principio inspirador de la LCSP sino como un imperativo que ha de inspirar todas las fases del procedimiento de contratación de los distintos entes configuradores del sector público y por ende, incluidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 3 del referido cuerpo legal.

Las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como **criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución** se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato han de formar parte del contenido esencial y mínimo de los pliegos rectores de la contratación administrativa (artículo 122 LCSP), lo cual ya de por sí va a implicar un importante cambio en la mentalidad jurídica y técnica necesaria para la redacción de la documentación rectora del procedimiento de contratación de todos los entes del sector público comprendidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la nueva LCSP (artículo 3).

Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón 16/2015 de 4 de noviembre.

“Contratación o compra pública responsable”: aquélla que, promovida por el Sector Público aspira, entre sus objetivos mediatos, al impulso y fomento por el contrato público correspondiente de una mayor responsabilidad ética, social o medioambiental.



PREPARACIÓN/ AD INTRA	LICITACIÓN	EJECUCIÓN CONTRATO
Reserva de contrato o de lotes (art.99.4, DA 4ª y DA 48ª LCSP).	Prohibiciones de contratar (art.71.1.d LCSP).	Condiciones especiales de ejecución (art.202 LCSP)
Costes laborales en PBL y Valor estimado (arts.100, 101 y 116.4 LCSP).	Criterios de adjudicación (art.145 ap.2º y 6º LCSP).	Sanciones (art.192 LCSP)
Subrogación relaciones laborales (art.130 LCSP).	Ciclo de vida (art.148 LCSP).	Resolución (art.211.1.i LCSP).
Etiquetas (art.127 LCSP). Certificados (art.128, 93 y 94 LCSP)	Criterios de desempate (art.147.2 LCSP).	
	Presunción temeridad (art.149.4 LCSP).	

PREPARACIÓN:



Una visión adaptada a los nuevos tiempos

PRIMERA APROXIMACIÓN:

La aparición de las cláusulas sociales se ve en la LCSP en varias etapas del procedimiento de contratación del sector público: preparación, adjudicación, efectos (ejecución) y extinción (resolución). Por ello, algunos autores han definido las cláusulas sociales como “**la inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social como requisito previo (criterio de admisión), como elemento de valoración (puntuación) o como obligación (exigencia de ejecución)**”.

Como ya expresábamos anteriormente la LCSP ha dado cabida a las consideraciones medioambientales, sociales y laborales de una manera transversal en la contratación pública (artículo 1.3), **de tal suerte que guarden relación directa con el objeto de las prestaciones que constituyen el contrato, pues así se concretaron en la doctrina jurisprudencial del TJUE y así lo han ido advirtiéndolo las Resoluciones de los Tribunales especiales en materia de contratación administrativa (vgr. Resolución del TACRC nº 210/2016).**



RESERVA DE CONTRATOS O LOTES (art.99.4, DA 4ª y DA 48ª LCSP).

DA 4ª: se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos

I.- ¿Quiénes pueden beneficiarse?

- i.- Centros Especiales de Empleo de iniciativa social (DF 14ª Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre).
- ii.- Empresas de inserción (Ley 44/2007, de 13 de diciembre).

Condición legal de aptitud no un requisito de solvencia (Informe 16/2011, de 8 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón)- en caso de UTE no es posible acumulación-.

II.- ¿Cuántos deben reservarse?

Sector público estatal:

- i.- Acuerdo Consejo de Ministros en plazo de 1 año desde entrada en vigor de la ley.
- ii.- En su defecto:
 - Mínimo del 7% del importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva.
 - Este porcentaje se incrementará hasta el 10% a los 4 años de entrada en vigor de la ley.

III.- Peculiaridades en la tramitación del procedimiento:

- i.- El carácter de contrato reservado deberá constar en el anuncio de licitación así como una mención a la DA 4ª.
- ii.- No garantía definitiva del art.107 LCSP, salvo justificación del órgano de contratación.

DA 48ª.

I.- ¿Quiénes pueden beneficiarse?

Organizaciones requisitos:

1º.- Objetivo: misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios sociales/culturales/salud..

2º.- Que los beneficios:

a) Se reinviertan para alcanzar el objetivo de la organización.

b) Si se distribuyen distribución con arreglo a criterios de participación.

3º.- Estructuras de dirección/propiedad:

a) Basadas en la propiedad de los empleados.

b) Basadas en principios de participación.

c) Exijan participación activa de empleados, usuarios o partes interesadas.

4º.- Que el poder adjudicador no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión conforme DA 48ª en los 3 años precedentes.

II.- ¿Qué contratos pueden reservarse? Contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV bajo ciertos códigos CPV.

III.- Peculiaridades en la tramitación del procedimiento:

- Anuncio: mención a la DA 48ª.

- Duración máxima del contrato: 3 años (**incluidas prórrogas- no lo dice**).

Resoluciones del TARC en materia de Contratos Reservados:

- **Recurso nº 663/2021 Resolución nº 1000/2021:** Recurso contra pliegos en contrato de servicios, LCSP. Desestimación. La reserva del contrato está suficientemente justificada (existía un informe del Concejal delegado de Gestión Integral de Residuos y es conforme a Derecho; no existen limitaciones sectoriales a los contratos reservados. **La potestad de reservar un contrato no depende de la posibilidad de encajar su objeto en los distintos CPV a los que se refiere el Anexo VI.**
- **Recurso nº 430/2021 C.A. Resolución nº 754/2021** Recurso contra anuncio de licitación y pliegos en contrato de servicios, LCSP. Desestimación. Contrato reservado conforme a la D. Ad. Cuarta de la LCSP. La reserva del contrato no es, en sí misma, contraria a Derecho UE ni a la libre competencia, pese a la pendencia de una prejudicial sobre el precepto nacional. La inexistencia de un acuerdo previo que establezca los porcentajes de reserva no implica la imposibilidad de celebrar contratos reservados. (dada la pendencia de la cuestión prejudicial planteada sobre el mismo por el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo C-A, Secc. 1ª, Rec. 626/2018 ,de 17 de julio de 2019, y la STJUE dictada en el asunto C-16/19, de la que resulta que no debe existir discriminación entre diversas categorías de trabajadores discapacitados, así como por sus efectos sobre la libre competencia destacados por informes de las Autoridades Catalana y Gallega de Competencia.
- **Recursos nº 1019/2020 y 1020/2020. Resolución nº 1298/2020,** Recursos acumulados contra pliegos en contratos de servicios, LCSP. Desestimación del recurso 1019/2020. Estimación parcial del recurso 1020/2020. División en lotes de los objetos de los contratos según el artículo 99 de la LCSP. Discrecionalidad Técnica. Contratos reservados a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y empresas de inserción según Disposición adicional cuarta de la LCSP. Calificación e inscripción registral para la creación de Centros Especiales de Empleo. En lo que se refiere a este particular,

- El recurrente alegaba la Inexistencia de Registro en la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social.
- Reserva de la totalidad de los lotes en favor de Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social. Discriminación a las PYMEs.

El tribunal resuelve que: Es decir, sin acto de calificación y, en su caso, inscripción registral los Centros no existen, y por ello no pueden disfrutar de los beneficios previstos en las leyes, incluido el de participar en exclusiva en las licitaciones cuyos contratos les han sido reservados. Es, por tanto, necesario el acto administrativo de calificación del órgano competente de la Administración correspondiente, y, de existir el registro, su inscripción en él.

- **Recurso nº 605/2020 Resolución nº 907/2020** Recurso contra pliegos en contrato de servicios, LCSP. Archivo de actuaciones. Pérdida sobrevenida de objeto por desistimiento del Órgano de Contratación. Mejoras salariales y medidas sociales como criterio de adjudicación: no permiten hacer una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta con respecto al objeto del contrato. Contratos reservados, necesidad de cumplir con los requisitos establecidos en la disposición adicional cuarta de la LCSP.

PROHIBICIONES DE CONTRATAR

Artículo 71.1, letra d) LCSP: siguiendo la modificación que la Ley 40/2015 introdujo en el TRLCSP contempla como prohibición legal para contratar a aquellas empresas de más de cincuenta trabajadores que no cumplan con el porcentaje mínimo de al menos el 2% de trabajadores con discapacidad de conformidad con el artículo 42 del Rdlegislativo 1/2013, de 29 de noviembre o en las empresas de más de 250 trabajadores no contar con un plan de igualdad conforme al artículo 45 de la LO 3/2007. NECESARIA RESOLUCIÓN (adm/judicial) que indique alcance y duración, sino, es necesario instruir procedimiento al efecto (art 72 LCSP).



Una visión adaptada a los nuevos tiempos

Incumplimiento de la cuota de reserva (artículo 71.1. d) cálculo de la cuota: DA 1ª del RD 364/2005 de 8 de abril y criterio técnico 98/2016 Inspección de Trabajo y Seguridad Social. ¿ [Cómo comprobamos el cumplimiento?](#)?: declaración responsable y obligación formal de este tipo de empresas art 5 RD 1451/1983.

CONSIDERACIONES DE LOS COSTES SALARIALES EN EL CÁLCULO DE:

I.- PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN:

Artículo 100 LCSP: para la fijación del presupuesto base de licitación el precepto obliga que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento rector de la licitación (hoja resumen o cuadro de.. características anejos a los modelos tipos de los pliegos de cláusulas administrativas particulares) se tengan en cuenta los costes directos, indirectos y otros eventuales. Es más, se exige que se tengan en cuenta los costes de los salarios de las personas empleadas para su ejecución pues estos han de formar parte del precio total del contrato.

Para estos casos la norma es exigente pues impone literalmente que: “(...) se indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.



- **Recurso nº 678/2022 Resolución nº 873/2022** Recurso contra pliegos en contrato de servicios, LCSP. Estimación. Impugnación de pliegos por no ser suficiente el presupuesto base de licitación para cubrir el importe de los costes salariales. Se cita Resolución nº 632/2018, de 29 de junio: “Por todo ello, se ha de concluir que existe una mayor vinculación, intensidad y deber cuidado por el respeto a la normativa laboral, del que se derivan para el órgano de contratación un deber de vigilancia que antes no existía. Por tanto, los costes salariales derivados de los convenios colectivos ya no se limitan a ser una de las posibles fuentes del conocimiento para determinar el precio de mercado del contrato, sino que, además, tienen fuerza vinculante, y su respeto debe quedar totalmente garantizado, tanto en la preparación del contrato, al elaborar los Pliegos, como con posterioridad, una vez adjudicado, en fase de ejecución”. Aplicadas estas consideraciones a los pliegos rectores de la licitación, no cabe sino concluir que los mismos no cumplen con las exigencias legales previstas en los artículos 100.2 de la LCSP pues, al resultar de aplicación al presente contrato dicho precepto conforme a la doctrina de este Tribunal recién expuesta, no se detallan con precisión los costes laborales de los trabajadores ni el Convenio colectivo que se ha tenido en cuenta para su cálculo (...)
- **Recurso nº 1670 y 1689/2021 Resolución nº 1859/2021** Los argumentos del recurrente van dirigidos a impugnar la errónea determinación del presupuesto base de licitación, al descontar del mismo los importes a percibir por determinadas subvenciones, así como los derivados de la bonificación de determinadas cuotas. Este Tribunal ha declarado que la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica (Resoluciones 237/2017, de 3 de marzo, y 423/2017, de 12 de mayo, entre otras) este Tribunal sí considera que en este punto procede estimar las alegaciones
- de la entidad recurrente. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en los
- artículos 100 a 102 LCSP, estos costes no pueden ser considerados como parte integrante

de los costes salariales a tener en cuenta en la fijación del presupuesto base de licitación. Ello se deriva, en primer lugar, de la propia naturaleza del procedimiento de concesión de subvenciones, el cual, con carácter general presenta un carácter voluntario y rogado para los potenciales beneficiarios, es decir, que el licitador puede o no pedir las citadas subvenciones. En consecuencia, esta previsión, al amparo de los artículos 100 a 102 LCSP no puede considerarse como concepto vinculado a los costes salariales a tener en cuenta en la fijación del presupuesto base de licitación, por lo que esta parte del recurso ha de ser estimada.

Distinta suerte ha de correr la alegación referente a las bonificaciones de la Seguridad Social. Así, las mismas sí vienen reconocidas a la totalidad de los trabajadores con discapacidad exigidos para la ejecución del contrato en los términos previstos en el artículo 2.3 de la Ley 43/2006 para la Mejora del Crecimiento y el Empleo, y (...)

- **Recurso nº 889/2021 Resolución nº 1217/2021.** Recurso contra pliegos en contrato de servicios, LCSP. Estimación total. Contrato de servicios en el que los costes salariales forman parte del precio total. Exigencia de que el presupuesto base de licitación desglose esos costes con desagregación de género y categoría profesional, de acuerdo con lo establecido en el art. 100.2 de la LCSP.

II.- VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO: Artículo 101 LCSP Y 116.4 D): En la determinación del

valor estimado del contrato, el precepto pauta una serie de reglas entre las que destaca como norma mínima que se tengan en cuenta las normativas laborales vigentes para el cálculo de los costes en los contratos de servicios. Con rotundidad requiere que: “En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios sectoriales de aplicación”.

INCREMENTO DEL SMI: **RESOLUCIÓN DEL TARC Nº 145/2020 DE 30 de enero**: el incremento del SMI debe tenerse en cuenta para el cálculo del valor estimado del contrato. <<Ahora bien, las retribuciones fijadas en los correspondientes convenios colectivos se ven afectadas por las modificaciones del salario mínimo interprofesional que se produzcan, cuando éste supere el importe de aquéllas en conjunto y cómputo anual (artículo 3.1 del real decreto 1462/2018, contrario sensu)>>.

Presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato (artículos 100 y 101 de la LCSP). Contrato de servicios y costes salariales. **Resolución TARC nº 848/2020 de 24 de julio. Nulidad de los Pliegos.**

Artículo 102.3 LCSP: Para la concreción del precio del contrato se insiste en que: “En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”.

Artículo 126 LCSP: en cuanto a las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas la ley exige que se tengan en cuenta los criterios de accesibilidad universal previstos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y las exigencias también recogidas en el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. El precepto en su apartado 4º contempla que si el objeto del contrato afecta o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán “aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4 respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación”.

Artículo 129 LCSP: le obliga al órgano de contratación para que señale en los pliegos qué organismo u organismos son los competentes para que los licitadores puedan obtener la información sobre “las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones vigentes en materia de protección de empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad”.

ETIQUETAS Y CERTIFICACIONES

Artículo 127: introduce el concepto de “etiquetas” entre las que destacan las de tipos 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” siempre que cumplan una serie de condiciones, entre ellas, su vinculación al objeto del contrato y su adecuación a las características de las obras, los suministros o los servicios que constituyan su objeto.

Ámbito al que pueden referirse: tipo social o medioambiental, relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, comercio justo, igualdad de género, que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la OIT.

Condiciones:

1º) Requisitos obtención:

- Vinculados con objeto contrato y adecuados para definir sus características.
- Fundados en criterios verificables objetivamente + no discriminatorios.
- Fijados por un tercero.

2º) Obtención en procedimiento abierto + transparente. Etiquetas accesibles (Resolución TACRC 384/2021 de 16 de abril).

3º) No restricción innovación.

ESTÁNDARES
Características
técnicas, sociales o
medio ambientales

Aceptación etiquetas/pruebas equivalentes (art.127.3 LCSP).

Prueba equivalencia: licitador (art.127.6 LCSP y considerando 74 Directiva).

Ofertas anormalmente bajas:

Artículo 149 Ley de Contratos del Sector Público



Procedimiento

En todo caso los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque:

Vulneran la normativa sobre subcontratación.

No cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental social o laboral, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

❖ ¿ Puede el órgano de contratación rechazar una oferta incurso en presunción de anomalía si comprueba que el bajo coste se debe al incumplimiento de normativa de subrogación u obligaciones salariales dispuestas en el CC aplicable? VER 149. 4 de la LCSP.

SUBROGACIÓN

Artículo 130 LCSP: Por último y dentro de esta fase procedimental de la preparación de los contratos, este precepto exige que en los pliegos se dé puntal información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo. Con contundencia sobre esta materia, ante la existencia de los numerosos recursos especiales formalizados ante los Tribunales especiales en materia de contratación administrativa, el párrafo 1º del artículo 130 LCSP impone que:

“Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo”.

Nueva Ley de Contratos del Sector Público



1. Obligación de información sobre las condiciones laborales de los trabajadores a subrogar.

Asimismo, se prevé que como parte de la referida información se deberá aportar, en todo caso, los listados del personal objeto de subrogación, indicándose los siguientes extremos:

Convenio colectivo de aplicación.

Categoría profesional.

Tipo de contrato.

Jornada.

Fecha de antigüedad.

En caso de tratarse de un contrato temporal, la fecha de vencimiento del mismo.

El salario bruto anual de cada trabajador.

Todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación.

2. En cualquier caso, en caso de que, una vez producida la subrogación, los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, **el nuevo contratista podrá reclamarle directamente a aquél por los daños y perjuicios que le haya ocasionado dicha información.**

3. **Trabajadores a subrogar:** norma legal / Convenio colectivo/acuerdo de negociación colectiva de eficacia general imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador de determinadas relaciones laborales.

4. **Sujetos a los que se les impone la obligación de subrogación empresarial.**

La obligación de subrogarse en los trabajadores que venían prestando el servicio se impone al nuevo adjudicatario

También vendrán obligadas a la subrogación aquellas Administraciones Públicas que decidan prestar directamente un servicio que venía siendo prestado por un operador económico, cuando así lo disponga una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Cuestiones relacionadas con este inciso:

Algunas cuestiones respecto a las administraciones públicas obligadas a subrogarse

- ¿Tiene incidencia en esta posibilidad las limitaciones establecidas en las normas presupuestarias? Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2012: establece que las limitaciones en las normas presupuestarias deben ser interpretadas restrictivamente por dos razones: una porque su carácter excepcional contradice el artículo 70 del EBEP sobre la oferta anual de empleo público y segundo, porque es una norma restrictiva de derechos. Por esta razón donde dice nueva incorporación, nuevo ingreso y contratación NO puede incluirse los cambios en la calificación jurídica de un contrato ya existente, por mucho que aumente los costes.

No olvidar el artículo 82.3 del Estatuto de Trabajadores, respecto de la afectación de una norma colectiva a sujetos no integrados en el ámbito de aplicación de ésta.

- ¿Puede en un caso determinado un Ayuntamiento decidir unilateralmente, en el caso de reversión, la asunción de personal del contratista?.
- ¿Qué condición o qué naturaleza jurídica debe aplicar a los empleados procedentes de la externalización de los servicios que han sido rescatados?

Diversas cuestiones relacionadas con la subrogación de los trabajadores de contratos públicos anteriores.

➤ Documentos específicos mencionados en la consulta cabe diferenciar del siguiente modo:

- Salarios brutos según las categorías laborales de los trabajadores afectados por la subrogación. Se incluyen ambas referencias como contenido obligatorio en el artículo 130.1 segundo párrafo LCSP.
- Los porcentajes de absentismo. Quedan excluido del deber de información, como ya ha tenido ocasión de señalar la Abogacía General del Estado y el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 729/2018, de 27 de julio, las circunstancias relacionadas con la ejecución del anterior contrato que no tengan una repercusión cierta en los costes laborales del nuevo. En este caso se incluye el porcentaje de absentismo del último año de ejecución del servicio.
- La existencia de reclamaciones laborales o salariales en vía administrativa o judicial y la cuantificación de las pretensiones y su importe. Incluimos en este punto la necesidad de proporcionar información suficiente sobre la existencia de impagos de salarios o de cuotas a la Seguridad Social en que hubiera podido incurrir el actual contratista, incluyendo los eventuales litigios que puedan existir. El criterio de la Junta es que esta información puede ser relevante para determinar los costes laborales de la subrogación. Para determinar de qué manera hay que diferenciar dos casos:

0 De **no existir sucesión de empresas**, por no ser de aplicación el artículo 44 ET, se aplicará el artículo 130.6 de la LCSP conforme al cual, como sabemos, el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados y de las cotizaciones a la Seguridad Social, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda al adjudicatario del nuevo contrato.

- ✓ En este caso se aplicarían los mecanismos destinados a contribuir al cumplimiento de esta obligación (artículo 130.6 LCSP) y claramente existirá la obligación de que el contratista saliente proporcione esta información y que se incluya en ese caso en los pliegos, toda vez que dicha información resulta relevante a los efectos de determinar una exacta evaluación de los costes laborales potencialmente asumidos por el nuevo contratista.
- ✓ Si se aplicase la sucesión de empresas conforme al artículo 44 ET : existirá una responsabilidad solidaria entre los dos contratistas (cedente y el cesionario) en cuanto a las obligaciones pendientes de pago. En este caso, si las cantidades retenidas al contratista fueran insuficientes para el pago de los salarios adeudados o si existen cuotas de Seguridad Social pendientes, es patente que el nuevo contratista puede ser responsable de las cantidades pendientes, lo que obviamente influirá en la evaluación de los costes salariales de la subrogación.
- Confirmación de que el vigente contratista se encuentra al corriente de pago de sus obligaciones salariales y con la seguridad social.** Esta referencia es excesivamente vaga e imprecisa. Desde luego, el órgano de contratación, como más tarde veremos, no es responsable de esa confirmación, operación que deberá asumir el licitador conforme a los datos de que disponga.
- ¿Debe realizar algún tipo de comprobación el órgano de contratación respecto a la información suministrada a los licitadores en virtud del artículo 130 de la LCSP?** Si la respuesta es afirmativa, ¿cuál sería el alcance de tales tareas de comprobación?:

❑ La obligación que el artículo 130 de la LCSP impone al órgano de contratación es de carácter puramente formal, pues sólo obliga a requerir al contratista actual determinada información y, una vez proporcionada por éste, a facilitar dicha información a los licitadores en el propio pliego, sin que el precepto imponga –ni del mismo se deduzca- ninguna obligación para el órgano de contratación de comprobar la veracidad material o intrínseca de la información. En este sentido, el órgano de contratación actúa como una suerte de intermediario entre el contratista actual y los licitadores, con el fin de que éstos puedan obtener, antes de hacer sus ofertas, la información necesaria sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación con el fin de poder hacer una exacta evaluación de los costes salariales.

❑ En caso de que, una vez formalizado el contrato, el adjudicatario compruebe que la información facilitada a los operadores económicos en el listado de subrogación es incorrecta - bien en cuanto al número de trabajadores, bien en cuanto a su antigüedad, dedicación, etc.-, y sin perjuicio de la "acción directa contra el antiguo contratista", ¿se debe asegurar la indemnidad patrimonial del contratista? El artículo 130.5 de la LCSP señala “En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.” Consecuentemente, la LCSP exime al órgano de contratación de la responsabilidad sobre la veracidad de los datos suministrados y no otorga al nuevo contratista ninguna acción frente a la Administración que permita deducir la obligación del órgano de contratación de asegurar la indemnidad patrimonial del contratista.

❑ ¿Si, en el supuesto de que una vez adjudicado el contrato y antes de su formalización la empresa seleccionada constata la existencia de deudas salariales y/o con la seguridad social del anterior contratista que alteren de manera relevante los parámetros que el adjudicatario consideró para formular su oferta, una hipotética no formalización del contrato podría ser considerada como no imputable al contratista, sin incautación de las garantías prestadas?: Mediante este sistema que instituye la ley el licitador puede alcanzar un conocimiento suficiente para decidir libremente si va a presentar una proposición y en qué términos va a hacerlo. A partir del momento en que voluntariamente decide presentar su proposición queda vinculado por la misma y debe asumir las responsabilidades que le pudiesen corresponder por la seriedad de su oferta. Por tanto, si el licitador ha accedido al pliego y ha tenido la ocasión de solicitar la información que considerase pertinente para realizar su proposición no podrá posteriormente retirar su proposición sobre la base de datos que estaban disponibles en el momento de preparar su oferta. Tal cosa sí le sería imputable en la medida en que no guardó la debida diligencia en la confección de su oferta

- **Recurso nº 764/2022 Resolución nº 852/2022:** Recurso contra pliegos en contrato de servicios. LCSP. Desestimación.

Impugnación de pliegos por no contemplar información de subrogación del personal del art. 130 LCSP.

Servicio de comida a domicilio en Ayuntamiento, de la Comunidad Valenciana, anteriormente prestado por la Comunidad Autónoma: remisión a doctrina del Tribunal en casos análogos y desestimación por no haber identidad de objeto, territorio y usuarios del servicio. Doctrina del TJUE sobre inexistencia de transmisión de empresa en casos de reorganización administrativa. Por tanto, procede examinar si, en el supuesto objeto de análisis, existe, o no, una obligación legal o convencional que imponga la existencia de obligación de subrogación. Puesto que, de ser así –según afirman las recurrentes-, el órgano de contratación habría, efectivamente, incumplido su obligación de incluir en el pliego la información relativa a las condiciones de la subrogación prevista en el artículo 130 de la LCSP. Y, por el contrario, de no existir tal obligación de subrogación de personal, ninguna obligación de información habría incumplido el órgano de contratación. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirá un traspaso a efectos de la presente Directiva”], no se aplica a una cesión –a una agrupación de municipios– de competencias administrativas de un municipio que eran propias del ejercicio del poder público. A ello se une, desde un punto de vista ya objetivo, el hecho de que la prestación del objeto contractual –tanto cuantitativa como cualitativamente– es mayor del servicio que viene prestando la Comunidad Autónoma; en efecto, siendo sólo en parte coincidente debe concluirse que al ser distintos los cometidos que aquél engloba, todo ello conduce a avalar la conclusión de que –ante un contrato que se licita y se va a celebrar ex novo– el órgano de contratación haya entendido, de forma razonable y razonada, que no procede la subrogación de los trabajadores, siendo tal motivación suficiente para que pueda concluirse que no se ha incumplido la obligación impuesta por el artículo 130 de la LCSP”.

- **Recurso nº 1057/2022 :** el órgano de contratación señala que ha de tenerse en cuenta que se trata de un nuevo expediente que no tiene que ver con el que se alega de contrario: Expediente LSV492019 de la extinta Activa Mutua. Ciertamente, el expediente a que alude el recurrente. En definitiva, establece el órgano de contratación que las necesidades de prestación de servicios nada tienen que ver con las que tenía Activa y, por tanto, se trata de un expediente ex novo al que no resultarían de aplicación las previsiones que pretende el recurrente. Sin embargo, en este caso, pese a la reestructuración que se había producido el objeto del contrato era el mismo, cayendo en el ámbito funcional del CC y el ámbito territorial también, siendo los mismos usuarios del servicio.

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

I.- Art.145.2 admite la inclusión de aspectos medioambientales o sociales.

II.- Requisitos:

1º.-**Vinculación objeto del contrato** en la forma establecida en el apartado 6 del art.145.

Art.145.6

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.

2º.- **Formulación objetiva.**

3º.- **Respeto al derecho europeo**, especialmente ppio. no discriminación y competencia efectiva.

4º.- Debe permitir **una comparación entre ofertas desde el rendimiento**. Debe aportar un valor añadido a la prestación.

i.- Características medioambientales:

- Reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero (PCPE vs. resolución TACRC nº 407/2017 de 5 de mayo).
- Empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato (resolución TACRC nº 1148/2017 de 1 de diciembre).
- Mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato

ii.- Características sociales:

- Inserción socio-laboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social (Resolución nº14/2020 de 9 de enero).
- Subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción.
- Planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato (Resolución TACRC 660/2018 de 6 de julio) y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres. Fomento de la contratación femenina (Resolución TACRC 388/2019 de 17 de abril).
- Conciliación de la vida laboral, personal y familiar (Resolución TACRC 235/2019 de 8 de marzo).
- Mejora de las condiciones laborales y salariales
- Estabilidad en el empleo (Resolución TACRC nº 1040/2017 de 10 de noviembre).
- Contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato
- Formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo (resolución TACRC nº 323/2020 17 de abril).
- Aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual
- Criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato

- **Recurso nº 1131/2021 Resolución nº 1367/2021:** Por tanto, conforme a nuestra normativa nacional los planes de igualdad son obligatorios para unas empresas, y para otras no. 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).” De la misma manera, no puede configurarse como condición especial de ejecución disponer un Plan de Igualdad, en tanto sería obligatorio para algunos licitadores y voluntario para otros».
- **Recurso nº 770/2020 C.A. Resolución nº 1065/2020** 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.

¡Muchas gracias
por su atención!

Ana Marín San Román
Abogada del Estado