

JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
Carrer d'Amadeu de Savoia, 2, planta 5a
46010 VALÈNCIA
Tel. 96 1613072

Ref. SUB/SJSCA/mvt
Assumpte: Informe 13/2021

Informe 13/2021, de 18 de febrer de 2022. Informe al projecte de decret del Consell, pel qual es regula la inclusió de clàusules de responsabilitat social en la contractació pública i en les convocatòries d'ajudes i subvencions.

ANTECEDENTS

En data 1 de desembre de 2021, ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa, sol·licitud d'informe de la Conselleria de Participació, Transparència, Cooperació i Qualitat Democràtica, mitjançant el qual formula consulta del tenor literal següent:

“De conformitat amb l'art. 2 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa, el Registre oficial de contractes de la Generalitat, el Registre de contractistes i empreses classificades de la Comunitat Valenciana i la Central de Compres de la Generalitat, i s'adopten mesures respecte de la contractació centralitzada, se sol·licita informe sobre el projecte de **DECRET DEL CONSELL PEL QUAL ES REGULA LA INCLUSIÓ DE CLÀUSULES DE RESPONSABILITAT SOCIAL EN LA CONTRACTACIÓ PÚBLICA I EN ELS CONVOCATÒRIES D'AJUDES I SUBVENCIONS**. S'adjunta el text del projecte del decret.

Signat pel sotssecretari - Cristian Veses Donet”.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

L'art. 2.1.a) Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, estableix que la Junta informará amb caràcter preceptiu els projectes de disposicions de caràcter general de la Generalitat, que incidisquen en matèria de contractació pública, amb caràcter previ al dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, si fa el cas.

Donades les funcions que té atribuïdes aquesta Junta Superior com a òrgan consultiu en matèria de contractació, el present informe només incidirà en aquelles disposicions del projecte de decret de referència que fan referència a aquesta matèria, sense que per tant li corresponga emetre dictamen sobre la introducció de clàusules socials en les convocatòries d'ajudes i subvencions.

1.- Qüestions de caràcter general al llarg de l'articulat del projecte en matèria de contractació.

En primer terme hem d'indicar que l'aplicació de clàusules de responsabilitat social com els continguts en el projecte de decret ha de tindre en compte que hi ha contractes de prestació contínua, també anomenats de tracte successiu i altres contractes de resultat. En el primer cas s'enquadrarien determinats tipus de serveis i les concessions de serveis i concessions d'obres; en el segon cas, els contractes d'obres i de subministrament.

L'aplicació d'alguns preceptes d'aquest projecte de decret als contractes de resultat no resulta factible, com és el cas de la subrogació.

Així mateix és necessari posar en context el que determina el considerant 97 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contractació pública respecto de la inclusió de criteris d'adjudicació i condicions d'execució de responsabilitat social.

No obstant això, la condició que existisca un vincle amb l'objecte del contracte exclou els criteris i condicions relatius a la política general de responsabilitat corporativa, la qual cosa no pot considerar-se com un factor que caracteritze el procés específic de producció o prestació de les obres, subministraments o serveis adquirits. En conseqüència, els poders adjudicadors no poden estar autoritzats a exigir als licitadors que tinguen establida una determinada política de responsabilitat social o mediambiental de l'empresa.

La inclusió de criteris socials en la contractació revist els requisits següents a la llum de la Directiva 2014/24/UE sobre contractació pública, i la jurisprudència comunitària:

- a) Han d'estar vinculats a l'objecte del contracte.
- b) Han de ser específics i quantificables objectivament.
- c) Han de respectar el Dret europeu, especialment el principi de no discriminació, i com a correlat, la lliure prestació de serveis i d'establiment.
- d) Han de publicar-se prèviament.
- e) Han de permetre efectuar una avaluació comparativa del nivell de rendiment de cada oferta respecte de l'objecte del contracte, tal com es defineix en les especificacions tècniques.

El present projecte de decret en establir amb caràcter obligatori la inclusió d'almenys un criteri d'adjudicació de responsabilitat social la ponderació en el seu conjunt entre el 30% i el 5%, la qual cosa a més de no afavorir les pimes en l'accés a la contractació, i un escàs marge als altres criteris qualitius amb la finalitat de seleccionar la millor oferta en virtut de la relació qualitat/preu. Des d'aquest punt de vista, cal indicar que els criteris d'adjudicació, inclosos els criteris de responsabilitat social, han de comportar el binomi esmentat i, per això, igualment ha de permetre l'avaluació comparativa del nivell de rendiment de cada oferta. En aquest sentit el considerant 92 de la Directiva 2014/24/UE, indica:

«En avaluar la millor relació qualitat-preu, els poders adjudicadors haurien de determinar els criteris econòmics i de qualitat relacionats amb l'objecte del contracte que utilitzaran a l'efecte. Aquests criteris, doncs, han de permetre efectuar una avaluació comparativa del nivell de rendiment de cada oferta respecte de l'objecte del contracte tal com es defineix en les especificacions tècniques. En el context de la millor relació qualitat-preu, la present Directiva inclou una llista no exhaustiva de possibles criteris d'adjudicació que inclouen aspectes socials i mediambientals. S'ha d'encoratjar els poders adjudicadors a triar els criteris d'adjudicació que els permeten obtindre obres, subministraments i serveis de gran qualitat que responguen tan bé com siga possible a les seues necessitats».

Finalment i encara que no és matèria pròpia de contractació, s'hauria d'unificar el criteri en referir-se al sector públic instrumental de la Generalitat en el projecte de decret. Unes vegades se cita aquest concepte, una altra vegada se cita el tipus d'entitats que la integren, en qualsevol cas hauria de fer-s'hi constar sector públic instrumental, definit en la Llei 1/2015, de 6 de febrer, de la Generalitat, d'hisenda pública, del sector públic instrumental i de subvencions.



2.- Anàlisi de l'articulat i els annexos en matèria de contractació

- CAPÍTOL II. CONTRACTACIÓ DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES VALENCIANES

Donat el que projecte es dirigeix també a poders adjudicadors, no administracions públiques, creiem que aquest enunciat no s'avé amb el contingut del capítol. Se suggereix l'enunciat 'CONTRACTACIÓ DELS PODERS ADJUDICADORS VALENCIANS'.

- Article 4. Inserció de clàusules de responsabilitat social en la contractació pública

- Art. 4.1a)

a) En els contractes subscrits per l'Administració de la Generalitat i els seus organismes públics vinculats o dependents, les societats mercantils de la Generalitat, les fundacions del sector públic de la Generalitat i els consorcis adscrits a la Generalitat, haurà d'incloure's obligatòriament com a mínim un criteri d'adjudicació i una condició especial d'execució de les previstes en els annexos I i II. Atesa la naturalesa de l'objecte del contracte i la seua finalitat institucional, l'òrgan de contractació podrà seleccionar d'entre elles les que considere adequades.

No s'estableix la vinculació a l'objecte del contracte, no es tracta només de la naturalesa del contracte i la seua fi institucional sinó de la vinculació, arts. 145 i 202 de la LCSP.

- Article 5. Plecs de clàusules administratives particulars

- Art. 5.3.

3. Conforme a l'article 13.1.e) de la Llei 18/2018, de 13 de juliol, de la Generalitat, l'anunci de licitació haurà d'incloure l'obligació de la subrogació de les persones treballadores en les seues relacions laborals, bé per aplicació del règim establert en l'article 44 ET, bé per l'aplicació del conveni col·lectiu, bé perquè, en absència dels supòsits anteriors, així ho imposa la citada Llei 18/2018.

De conformitat con les recents resolucions 1948/2021 i 1952/2021, totes dues de 29 de desembre, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, en tornar analitzar la Llei 18/2018, de 13 de juliol, respecte de les obligació de subrogació en absència de conveni o acord, indica:

«A la vista d'aqueixa redacció, i segons el parer d'aquest Tribunal, la llei autonòmica no imposa una obligació de subrogació diferent de la imposada en la llei estatal; no estableix de cap manera, com pretén la recurrent, una obligació de subrogació amb caràcter general, i sense necessitat que vinga imposada de manera expressa per llei o per conveni col·lectiu, sinó que imposa una obligació formal que ha de complir-se únicament en aquells casos en els quals, d'acord amb la llei estatal, existisca obligació de subrogació. Quan la llei diu que "Indicaran l'obligació de l'adjudicatari de subrogar-se com ocupador en les relacions laborals", no hi ha dubte que es refereix a aquells contractes en els quals existisca aqueixa obligació d'acord amb l'article 130 de la LCSP. Cal no oblidar quin és l'objecte de la llei autonòmica, i en particular el precepte en el qual s'inclou aquesta obligació, que es refereix a la incorporació de clàusules de responsabilitat i transparència, això és, imposa obligacions formals, en cap cas obligacions materials noves i diferents a les previstes en la llei estatal, per la qual cosa una interpretació sistemàtica del precepte ens porta necessàriament a la conclusió que no s'imposa l'obligació de subrogar sempre i en tot cas, sinó d'informar

de l'obligació de subrogació quan es donen els pressupostos per a això».

En efecte, l'art. 130 només imposa al poder adjudicador una obligació d'informar els licitadors sobre els treballadors que hagen de ser subrogats. Ara bé, el fet que el nou contractista haja de subrogar-se o no, en les relacions laborals dels treballadors que prestaven el servei per a l'anterior contractista, és per complet alié al contracte administratiu, ja que prové dels treballadors/es que presten el servei sota la seua direcció.

En efecte, la doctrina establida sobre aquesta matèria establida pel Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals es pot sintetitzar de la manera següent, com es va fer en la Resolució 253/2021:

1r) L'obligació de subrogació no naix del contracte administratiu, sinó de la legislació laboral o conveni col·lectiu del sector.

2n) En aqueixos supòsits, l'anterior article 120 TRLCSP – actual 130 LCSP- obliga a donar la informació suficient perquè els licitadors puguen, en condicions de transparència i igualtat, confeccionar les seues ofertes.

3r) La previsió de subrogació prevista en la legislació laboral o convenis no vincula l'Administració a l'hora de definir el contingut de la prestació a contractar:

“Així les coses, si el plec preveu la subrogació i aquesta ve establida en el conveni col·lectiu del sector, l'abast de l'obligació de l'article 120 TRLCSP és facilitar la informació sobre les condicions dels treballadors als quals puga afectar la de contractació precisa per a la prestació del servei que es licita. L'òrgan de contractació, davant l'aparença de subrogació establida en el conveni col·lectiu, hi ha d'incloure la informació. El concret abast de la subrogació i les qüestions relatives als treballadors que, en aquest àmbit, no vagen a prestar part efectivament en la prestació del servei per la definició que n'ha realitzat l'Administració, queda fora de l'àmbit de la contractació i ha de ser ventilada d'acord amb les normes laborals i en el seu àmbit”.

Article 5. Plecs de clàusules administratives particulars

- Art. 5. 4 in fine

A l'efecte, es tindrà en consideració, a fi que les empreses o entitats adjudicatàries dels contractes públics puguen fer front als increments retributius legals o convencionals, que pogueren pactar-se pels subjectes legitimats durant l'execució de l'obra o la prestació del servei, la previsió de contemplar el possible increment en el pressupost base de licitació.

De la lectura dels arts. 100, 101 i 102 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (d'ara endavant LCSP), el Tribunal destaca que l'obligació d'explicitar el conveni col·lectiu sectorial en la fase de preparació i licitació es contrau a la confecció del pressupost del contracte, el valor estimat i a la valoració d'ofertes anormalment baixes. Així diu l'Informe 1/2021, d'aquesta Junta Superior de Contractació Administrativa.

La Resolució 614/2020, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, indica “ durant la fase de preparació del contracte únicament s'ha de recórrer als convenis col·lectius sectorials d'aplicació per al càlcul del valor estimat i pressupost (articles 100, 101 i 102 de la LCSP).

«En la resta dels casos, l'observança del conveni col·lectiu sectorial d'aplicació, particularment en matèria salarial, constitueix un aspecte propi de l'execució. Així resulta dels articles 35 i 122 de la LCSP –que imposen que es consigne l'obligació de respectar aquests salaris durant l'execució del contracte a plec i document de formalització–, i dels articles 201 i 202 de la pròpia llei».



Els increments retributius legals o convencionals que pogueren pactar-se pels subjectes legitimats durant l'execució de l'obra o la prestació del servei, serà una mera qüestió laboral que no pot traslladar-se al camp de la contractació pública, igual que el conveni que registra realment en l'empresa, serà aplicable pel contractista sent això una mera qüestió laboral. En aquest sentit, la Resolució 1178/2021 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, indica:

“Per tot el que s'ha exposat, considera la recurrent que ha d'esmenar-se la literalitat dels plecs atés que podria donar lloc en el futur a interpretacions contràries als interessos per als treballadors, així com a errors de càlcul per als licitadors, els drets salarials i laborals dels quals entén no respectats, puix que les actuals prestatàries del servei compten amb sengles convenis d'empresa i, per això, proposa que les referències citades en els punts 1r a 4t anteriors, siguen substituïdes pels convenis col·lectius d'empreses que presten serveis de jardineria de les diferents zones en les quals està dividida la ciutat de València.

Delimitats els termes d'aquesta controvèrsia jurídica, hem d'anticipar que aquest Tribunal no pot donar la raó a la recurrent i ha de coincidir amb l'òrgan de contractació quan estima que les pretensions de la recurrent no poden prosperar.

De les diverses referències als convenis col·lectius sectorials contingudes en els plecs no cal inferir que el PCAP estiga imposant el compliment d'un determinat conveni, ni que per això es pugui induir a cap confusió, puix que estem davant una qüestió de naturalesa estrictament laboral que excedeix de l'àmbit objectiu propi del plec de condicions del contracte. En aquest sentit, l'obligació de la contractista ho serà en relació amb el conveni col·lectiu que resulte d'aplicació (d'ordinari, el sectorial de l'activitat i, en cas d'existir, el conveni d'empresa, que resultarà de preferent aplicació respecte de les condicions de treball regulades en l'article 84.2 del text refós de la Llei de l'estatut dels treballadors, aprovat per Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre).

Per tant, tenint en compte la falta de vinculació d'efectes del plec quant a normativa laboral es refereix, l'eventual risc de confusió al·legat per la recurrent resulta inexistent perquè les qüestions jurídiques/laborals es regiran en tot cas per la norma laboral que resulte d'aplicació en cada supòsit; escau així la desestimació d'aquest motiu.”

Així mateix, indicar que no caben clàusules de revisió de preus encobertes, atés que la revisió de preus dels contractes del sector públic es regeix pel que es disposa en l'art. 103 de la LCSP, i en la Llei 2/2015, de 30 de març, de desindexació de l'economia espanyola, i Reial decret 55/2017, de 3 de febrer, que desenvolupa aquesta llei.

- Art. 6. 4 in fine

4. En tots els contractes, les prescripcions tècniques incorporaran la perspectiva de gènere, evitant-se en tot cas l'ús del llenguatge i imatges sexistes.

De conformitat amb l'art. 125 de la LCSP:

A l'efecte de la present llei, s'entendrà per:

1. «Prescripció o especificació tècnica»:

a) Quan es tracte de contractes d'obres, el conjunt de les prescripcions tècniques contingudes principalment en els plecs de la contractació, en les quals es definisquen les característiques requerides d'un material, producte o subministrament, i que permeten caracteritzar-los de manera que responguen a la utilització a què els destine el poder adjudicador; així mateix, els procediments d'assegurament de la qualitat, l'impacte social, laboral, ambiental i climàtic d'aquests materials, productes o activitats que es desenvolupen durant l'elaboració o utilització d'aquests, el disseny per a totes les necessitats (inclosa l'accessibilitat universal i disseny universal o disseny per a totes les persones), la terminologia, els símbols, les proves i mètodes de prova, l'envasament, marcat i etiquetatge, les instruccions d'ús i els processos i mètodes de producció en qualsevol fase del cicle de vida de les obres; inclouen així mateix les regles d'elaboració del projecte i càlcul de les obres, les condicions de prova, control i recepció de les obres, així com les tècniques o mètodes de construcció i totes les altres condicions de caràcter tècnic que el poder adjudicador pugui prescriure, per via de reglamentació general o específica, referent a obres acabades i als materials o elements que les constitueixen;

b) Quan es tracte de contractes de subministrament o de serveis, aquella especificació que figure en un document en la qual es definisquen les característiques exigides d'un producte o d'un servei, com per exemple, els nivells de qualitat, els nivells de comportament ambiental i climàtic, el disseny per a totes les necessitats (inclosa l'accessibilitat universal i disseny universal o disseny per a totes les persones) i l'avaluació de la conformitat, el rendiment, la utilització del producte, la seua seguretat, o les seues dimensions; així mateix, els requisits aplicables al producte referent a la denominació de venda, la terminologia, els símbols, les proves i mètodes de prova, l'envasament, marcat i etiquetatge, les instruccions d'ús, els processos i mètodes de producció en qualsevol fase del cicle de vida del subministrament o servei, així com els procediments d'avaluació de la conformitat.

- Article 7. Prohibicions de contractar

No podran contractar amb les administracions públiques les persones en què concórrega alguna de les circumstàncies previstes en l'article 71 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic.

L'àmbit d'aplicació subjectiva del projecte de Decret no sols al·ludeix a les administracions públiques la qual cosa no es reflecteix en aquest art. 7, per si no fos prou l'art. 71 de la LCSP la seua dicció literal és:

“No podran contractar amb les entitats previstes en l'article 3 de la present llei amb els efectes establits en l'article 73, les persones en què concórrega alguna de les circumstàncies següents: Pel que hauria de modificar-se la redacció d'aquest art. 7, perquè siga conforme amb l'àmbit subjectiu d'aplicació del projecte de decret.

- Article 8. Solvència

1. Els òrgans de contractació podran incorporar criteris de responsabilitat social en la determinació de la solvència tècnica de les empreses o entitats licitadores, quan l'especificitat i el contingut del contracte requerisca per a la seua correcta execució que la que resulte adjudicatària tinga experiència acreditada en matèria social, ètica o ambiental, aptituds específiques, coneixements tècnics concrets, o bé que el personal adscrit a la seua execució compte amb una experiència determinada o característiques específiques. Aquesta capacitat tècnica social o ambiental i la seua coherència respecte a l'objecte del contracte hauran de justificar-se en l'expedient.



2. La concreció dels requisits mínims de solvència tècnica o professional exigits, així com els mitjans admesos per a la seua acreditació, es determinaran per l'òrgan de contractació, s'indicaran en l'anunci de licitació i es detallaran en els plecs. En la seua absència, per al tipus de contracte corresponent, seran aplicable els establits en els articles 88 a 90 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, que tindran caràcter supletori per als no concretats en els plecs.

Els requisits de solvència tècnica i professional, a més de vinculats a l'objecte, són els establits en l'art. 88 a 90 de la LCSP i no uns altres com té assenyalada la jurisprudència europea en la STJUE de 10 de maig de 2012, en l'assumpte C-368/10 destaca:

“Com resulta dels seus apartats 1 i 6, l'article 48 de la Directiva 2004/18 enumera exhaustivament els factors en els quals el poder adjudicador pot basar-se per a avaluar i comprovar les capacitats tècniques i professionals dels licitadors. A més, encara que l'article 44, apartat 2, autoritza el poder adjudicador a establir els nivells mínims de capacitats que ha de reunir un licitador perquè la seua oferta siga tinguda en compte a l'efecte de l'adjudicació del contracte, aqueixos nivells només poden fixar-se, en virtut del paràgraf primer d'aquesta disposició, en relació amb els factors enumerats en aquest article 48, pel que fa a les capacitats tècniques i professionals:

Declarar que, pel fet que, en el marc de l'adjudicació d'un contracte públic de subministrament i manteniment de màquines expenedores de café, que va ser objecte d'un anunci publicat en el Diari Oficial de la Unió Europea, el 16 d'agost de 2008, la província d'Holanda Septentrional:

..va establir un nivell mínim de capacitat tècnica no autoritzat pels articles 44, apartat 2, i 48 d'aquesta Directiva en imposar, com a requisits d'aptitud i nivells mínims de capacitat establits en el plec de condicions d'aquest contracte, la condició que els licitadors reunisquen «els criteris de sostenibilitat de les compres i responsabilitat social corporativa», i indiquen com reuneixen aqueixos criteris i «contribueixen a millorar la sostenibilitat del mercat del café i a una producció de café responsable des del punt de vista ecològic, social i econòmic”.

En un altre ordre de coses interessa assenyalar que la experiència social, ètica o ambiental de l'equip o personal adscrit al contracte que no de l'empresa, si és determinant per a l'execució del contracte, pot ser criteri d'adjudicació, de conformitat amb l'art. 145.2a de la LCSP.

“L'organització, qualificació i experiència del personal adscrit al contracte que vaja a executar aquell, sempre que la qualitat d'aquest personal pugua afectar de manera significativa la seua millor execució.”

- Article 10. Incorporació de criteris de responsabilitat social en la fase adjudicació

4. Les proposicions de les empreses o entitats licitadores hauran de concretar la plantilla de persones necessàries per a l'execució del contracte i la concreció dels contractes que es compromet a subscriure. Aqueixes persones hauran de tindre la capacitat professional i personal necessàries per a fer les tasques objecte del contracte, i hauran de ser incorporades en la plantilla que l'execute en les mateixes condicions laborals i de subjecció al conveni col·lectiu sectorial, excepte en el supòsit de condició més beneficiosa del personal subrogat, i en aquest cas es respectarà aquest.

Correspon a l'òrgan de contractació determinar el personal necessari per a l'execució del contracte. Les altres referències en aquest apartat són objecte del dret laboral i no de la contractació del sector públic. El dret laboral és competència exclusiva de l'Estat, en virtut de l'assenyalat en l'article 149.1.7 de la Constitució Espanyola.

5. Al conjunt dels criteris d'adjudicació de caràcter social, de transparència, ètics i ambientals que s'inclouen, se li assignarà una ponderació entre el 30% i el 45% sobre el total del barem. La seua ponderació i puntuació hauran d'adaptar-se a l'objecte, al contingut i a la finalitat del contracte, i no resultar discriminatòries, facilitant la concurrència de les pimes.

Per a facilitar la concurrència a les pimes, es considera més idoni una ponderació total del 30% únicament.

- Article 11. Criteris de preferència o desempat de caràcter social en la contractació

El terme criteris de preferència no es dona en el text de la LCSP, seria més correcte indicar únicament criteris de desempat.

L'article indicat hauria d'especificar que els criteris de desempat són els de l'art. 147.1 de la LCSP, precepte que té caràcter bàsic.

- Article 12. Condicions especials d'execució del contracte.

3. Els subministradors de les empreses adjudicatàries hauran d'acreditar, així mateix, que compleixen amb les condicions especials d'execució imposades a aquelles.

El projecte de decret extralimita la llei de contractes del sector públic, en exigir als subministradors per part del contractista que complisca amb les mateixes condicions especials d'execució imposades a aquell.

- Article 13. Incompliment de l'empresa o entitat contractista

1. L'incompliment de la normativa social, incloent-hi el conveni col·lectiu que siga aplicable als treballadors i treballadores que realitzen l'activitat objecte del contracte i els plans d'igualtat, dels compromisos socials i ambientals previstos en l'oferta seleccionada i d'aquelles prescripcions de caràcter social i ambiental, establides tant en el plec de condicions administratives particulars com en el plec de prescripcions tècniques, haurà de recollir-se en els plecs com a obligació essencial, i comportarà la resolució del contracte per incompliment de l'empresa o entitat contractista, en els termes de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic.

2. Alternativament, el plec establirà per a aquests casos la imposició de penalitats, en els termes previstos en la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, sempre que a més s'establisca com a infracció greu a l'efecte del seu article 71.2.c) i en els termes previstos en aquest.

No s'entén finalment si és causa de resolució o es poden imposar penalitats perquè la redacció de l'apartat primer és taxativa, i el terme alternativament significa poder triar.

Potser la redacció de l'apartat primer podrà ser la següent:



“Podrà recollir-se en els plecs com a obligació essencial i comportarà la resolució del contracte per incompliment de l'empresa o entitat contractista, en els termes de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, o alternativament, per a aquests casos la imposició de penalitats, en els termes previstos en la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, sempre que a més s'establisca com a infracció greu a l'efecte del seu article 71.2.c) i en els termes previstos en aquest.”

3. En tots dos casos, es comunicarà al registre de contractistes, i es podrà procedir a la publicació en el perfil del contractant una vegada la resolució siga ferma.

De conformitat amb l'art. 96 de la LCSP, precepte de caràcter bàsic.

1. La inscripció en el Registre Oficial de Licitadors i Empreses Classificades del Sector Públic acreditarà enfront de tots els òrgans de contractació del sector públic, a tenor de l'en ell reflectit i excepte prova en contra, les condicions d'aptitud de l'empresari quant a la seua personalitat i capacitat d'obrar, representació, habilitació professional o empresarial, solvència econòmica i financera, i tècnica o professional, classificació i altres circumstàncies inscrites, així com la concurrència o no concurrència de les prohibicions de contractar que hagen de constar en aquest.

2. La inscripció en el Registre de Licitadors d'una Comunitat Autònoma acreditarà idèntiques circumstàncies a l'efecte de la contractació amb aquesta, amb les entitats locals incloses en el seu àmbit territorial, i amb els restants ens, organismes o entitats del sector públic dependents de l'una i les altres.

D'una altra part l'art. 63 de la LCSP determina amb caràcter bàsic la publicitat en el perfil de contractant, sense que cap dels supòsits indicats siguen objecte de publicitat a través d'aquest.

- Article 14. Persona responsable del contracte

1. Els plecs establiran en tot cas que la persona responsable del contracte, o la persona designada a aquest efecte per l'òrgan de contractació, haurà d'efectuar el seguiment del compliment de les clàusules de responsabilitat social, així com de les prescripcions dels plecs i els compromisos assumits en aquests àmbits, per part de l'empresa o entitat contractista i les subcontractistes. A l'efecte, tant l'empresa o entitat contractista com la subcontractista estaran obligades a presentar, cada sis mesos, un informe relatiu al compliment d'aquestes condicions, acompanyat d'una declaració responsable de veracitat.

2. L'empresa o entitat contractista i las subcontractistes, a més a més, hauran de comprometre's per escrit en el moment de formalitzar el contracte a permetre, a la persona responsable del contracte, el desenvolupament de l'actuació de seguiment del compliment de les obligacions contractuals assumides per l'empresa o entitat adjudicatària, de conformitat amb el que es disposa en el contracte.

3. Els plecs hauran de recollir que, en cas de no presentar l'informe a què al·ludeix aquest precepte, o en cas de falta de veracitat d'aquest, o d'obstrucció, resistència, negativa o excusa al seguiment del compliment de les obligacions contractuals assumides per l'empresa o entitat adjudicatària, de conformitat amb el que es disposa en el contracte, per part del contractista, se li podran imposar les penalitats previstes en la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per als casos de compliment defectuós del contracte.

4. Quan les conductes a què es refereix el paràgraf anterior foren imputables a l'empresa o entitat subcontractista, les conseqüències per a l'empresa o entitat contractista podran modular-se quan haguera comunicat amb caràcter previ la identitat de l'empresa o entitat subcontractista, sense que l'òrgan de contractació hi haguera posat objeccions. En aquests casos el contractista podrà exonerar-se si acredita que li ha resultat impossible evitar la conducta de l'empresa o entitat subcontractista.

L'art. 215. 4 de la LCSP estableix:

4. Els subcontractistes quedaran obligats només davant el contractista principal que assumirà, per tant, la total responsabilitat de l'execució del contracte enfront de l'Administració, estrictament d'acord als plecs de clàusules administratives particulars o document descriptiu, i als termes del contracte; inclòs el compliment de les obligacions en matèria mediambiental, social o laboral a què es refereix l'article 201, així com de l'obligació a què fa referència l'últim paràgraf de l'apartat 1 de l'article 202, referida al sotmetiment a la normativa nacional i de la Unió Europea en matèria de protecció de dades.

El coneixement que tinga l'Administració dels subcontractes establerts en virtut de les comunicacions a què es refereixen les lletres b) i c) de l'apartat 2 d'aquest article, o l'autorització que atorgue en el supòsit previst en la lletra d) d'aquest apartat, no alteraran la responsabilitat exclusiva del contractista principal.

Per tant, entenem que l'art. 15 del projecte de decret extralimita les facultades del responsable del contracte i de l'entitat contractant respecte dels subcontractistes.

- Disposició transitòria primera. Expedients de contractació iniciats amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquest decret.

El present decret s'aplicarà als contractes, l'expedient de contractació dels quals s'inicie amb posterioritat a la seua entrada en vigor, entenent-se que han sigut iniciats si s'haguera publicat la corresponent convocatòria del procediment d'adjudicació del contracte.

D'aplicar-se al procediment negociat sense publicitat, la qual cosa el projecte no exclou, indicar des de quan es considera iniciat a aquest efecte. En aquest sentit la LCSP, en la seua disposició transitòria primera, indica:

“En el cas de procediments negociats sense publicitat, per a determinar el moment d'iniciació es tindrà en compte la data d'aprovació dels plecs.”

- ANNEX I. CRITERIS D'ADJUDICACIÓ DEL CONTRACTE

- 1. En matèria d'inserció laboral i inclusió social es desglossarà la puntuació entre un o diversos dels apartats següents, atenent el que s'estableix en l'article 10.4:

a) El compromís de subcontractar un percentatge superior al X % del import del contracte o per damunt de l'establert en el criteri d'adjudicació, a través d'empreses d'inserció, centres especials d'Ús d'Iniciativa Social, o programes d'ocupació protegida, en cas que els plecs incloguen la possibilitat



de subcontractar i el seu límit. Es puntuarà el major percentatge de subcontractació dins del màxim legal i del topall màxim assenyalat en el plec.

El Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals ha validat una condició especial d'execució, consistent en la subcontractació de determinades prestacions d'un contracte de serveis amb centres especials d'ocupació sense ànim lucratiu, centres d'inserció sociolaboral o empreses acollides a programes d'ocupació protegida en la Resolució 695/2021.

i) El compromís d'ocupar en la plantilla que executarà el contracte i en els casos de noves contractacions, baixes i substitucions, persones provinents d'algun o alguns dels col·lectius següents: persones migrants, refugiades i sol·licitants de protecció internacional, persones pertanyents a minories ètniques, especialment població gitana, persones residents en el barri on s'executarà el contracte, persones trans, joves extutelats per la Generalitat o que hagen sigut subjectes a mesures de protecció o a mesures judicials dos anys abans de l'edat laboral, tot això en el cas que no s'haja inclòs com a condició especial d'execució o, d'haver-se fet, en un nombre o percentatge superior al que s'haja establert.

Entenem que la referència a minories ètniques i persones trans suposa l'obligació de la seua acreditació, la qual cosa no seria molt d'acord amb la normativa de protecció de dades, perquè es consideren dades especialment protegides.

- ANNEX II. CONDICIONS ESPECIALS D'EXECUCIÓ DEL CONTRACTE

a) Pla d'igualtat.

L'empresa adjudicatària haurà d'acreditar la inscripció del pla d'igualtat en el Registre de la Comunitat Valenciana de convenis i acords col·lectius de treball.

No es comprén com pot afectar aquesta condició a l'execució del contracte. Així mateix la territorialitat de la condició suposa una fallida al principi d'igualtat.

b) Estabilitat de l'ocupació.

Durant l'execució del contracte l'empresa adjudicatària haurà de complir i acreditar que almenys un 50% de la plantilla adscrita al contracte és indefinit.

En el termini d'un mes a partir de la formalització del contracte, l'empresa o entitat adjudicatària comunicarà les dades relatives a les persones adscrites a l'execució del contracte i presentarà a l'efecte còpia de l'alta en la Seguretat Social i del contracte de treball.

L'estabilitat de la plantilla o personal adscrit al contracte pot ser un criteri d'adjudicació que es donen una sèrie de premisses. En aquest sentit la Resolució 885/2021, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals:

“A tal respecte, hem de partir assenyalant que només són admissibles els criteris d'adjudicació, inclosos els socials i mediambientals, que siguen objectius (per recaure sobre l'objecte a valorar i dependre de factors comprovables apreciables), que permeten avaluar el rendiment de cada oferta respecte de l'objecte del contracte, les obres, els subministraments i els serveis, tal com estiguen definits en els plecs, i obtindre els que millor responguen a les seues necessitats. Sota tal premissa, les condicions d'ocupació i les qualitats del personal ocupat determinants de la qualitat en l'execució del contracte, de la prestació que constitueix el seu objecte, sí que poden emprar-se com a criteri d'adjudicació, però només si això és determinant per al nivell del rendiment del contracte.

L'article 145.6 de la LCSP preveu la millora de les condicions laborals i salarials i l'estabilitat en l'ocupació com a característiques socials del contracte, que poden ser considerats criteris qualitius d'adjudicació, sempre que es configuren de manera que s'ajusten a les exigències exposades. La primera d'elles és que han de referir-se al factor humà que intervé en la prestació del servei ja que, en cas contrari, ens trobaríem davant una característica d'empresa, no referida a l'objecte del contracte.”

Quant a la documentació acreditativa, creiem suficient l'aportació de l'informe de vida laboral.

- ANNEX III. BÉNS, OBRES I SERVEIS PRIORITARIS PER A INCLUSIÓ DE CRITERIS D'ADJUDICACIÓ I DE CONDICIONS ESPECIALS D'EXECUCIÓ DE CARÀCTER AMBIENTAL

En aquest punt es recorda l'existència de la *Guia verda de mesures mediambientals en la contractació pública en l'àmbit de l'edificació de la Generalitat*, aprovada com a document reconegut per a la qualitat en l'edificació per Resolució de 13 de novembre de 2020, del vicepresident segon i conseller d'Habitatge i Arquitectura Bioclimàtica.

El present informe s'emeta a l'empara del que es disposa en art. 2.1, lletra a) del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana.

LA SECRETÀRIA

Vistiplau del president, sotssecretari d'Hisenda i Model Econòmic.

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data