CLÁUSULAS SOCIALES

contratación pública e inserción social



Santiago Lesmes Zabalegui

LAMEGI

eQual

Argumentación • Guía de Implantación • Análisis Jurídico • Experiencias y Buenas Prácticas • Pliegos de Cláusulas Implantadas • Pliegos-Tipo
Dictámenes • Legislación de Contratos • Normativa Inclusiva de Cláusulas Sociales • Jurisprudencia • Artículos y Ponencias

Agrupación de desarrollo LAMEGI



PROYECTO LAMEGI
Asociación berriztapen
(entidad promovida por la Asociación Agiantza, Cáritas Euskadi, federación Sartu y Fundación peñascal)

c/ Cuevas de Ekain 3. 1. 48005 BILBAO
Tel.: 944 150 883 - Fax: 944 156 319
lamegi@lamegi.org
www.lamegi.org

Autor
Santiago Lesmes Zabalegui. *santiles@terra.es*

Entidad editora
Asociación BERRIZTAPEN

Este proyecto está cofinanciado por la Iniciativa Equal del Fondo Social Europeo.
Este documento se ha realizado con la ayuda financiera de la Comunidad Europea. El contenido de esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor, y en modo alguno debe considerarse que refleja la posición de la Unión Europea.

Agradecimientos del autor
A Raúl y María Ángeles. Aitor, Ana, Carlos, Julene y Susana.

Julia Romero y José Manuel Peñuela (Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat). Vicenç Estanyol y Joan Massó (Ayuntamiento de Girona). Montserrat Maresma y María Bordonau (Adigsa). Abel Sanz (Fundación Gaztelan). Matilde Sala (Generalitat de Catalunya). José Rica (Ayuntamiento de Getxo). Gema Díaz (Documenta). Ana Gómez (Diputación Málaga). José Antonio Garrido (Federación Andaluza de Municipios y Provincias). Santi Saro (Ayuntamiento Medio Cudeyo). Javier Rojo y Sara González (Surbisa). Miguel Santos (Fundación Lesmes). Isabel Valdés (Fedei). Julio Martínez Alcalde (Can Ensenya). Venancio Gutiérrez (Ayuntamiento de Sevilla). Raquel Saez (Ayuntamiento de Badalona). Esther y Sara (Feclei). Ana Carmen Irigalba (Cran). Begoña Criado (Ayuntamiento de Puerto Real). Alejandro Huergo (Universidad de Oviedo). Dolores Villotas (Ayuntamiento de Avilés). Martín González (Ayuntamiento de A Coruña). José Carlos Seguer (Fundación Tots Units).

Licencia Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 2.5 España
Este documento está bajo una licencia de Creative Commons. Se permite libremente copiar, distribuir y comunicar libremente esta obra siempre y cuando se reconozca la autoría y no se use para fines comerciales. Si se altera, transforma o genera una obra derivada, sólo podrá distribuirse bajo una licencia idéntica a esta.
http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es

CLÁUSULAS SOCIALES

CONTRATACIÓN PÚBLICA E INSERCIÓN SOCIOLABORAL

La Iniciativa Comunitaria EQUAL, que forma parte de una estrategia integrada para el empleo, tiene por objetivo la lucha contra todas las formas de discriminación y desigualdad que se producen en el mercado de trabajo y, en particular, contra aquellas que se basan en el sexo, el origen étnico, las creencias o la edad.

Para alcanzar este objetivo, los proyectos EQUAL deben tener un contenido innovador, diseñado y desarrollado a través de mecanismos de cooperación entre entidades de distinta naturaleza y desde una perspectiva de trabajo transnacional.

La finalidad última de los proyectos es la generalización y transferencia de las buenas prácticas resultantes de su desarrollo a las políticas del mercado de trabajo, mediante la creación de redes de cooperación entre agentes dirigidas a difundir experiencias y resultados, así como la sensibilización social acerca de las problemáticas de discriminación y desigualdad existentes en el mundo laboral.

El trabajo de LAMEGI lo entendemos como continuación del desarrollado por ITUN , (Incorporación al trabajo útil y necesario) proyecto anterior perteneciente a la Iniciativa EQUAL I, cuyo resultado más relevante es la creación de 20 empresas (16 son empresas de inserción y 4 son empresas solidarias) con la generación de 141 empleos directos, de los cuales 73 son empleos de inserción, más del 52 % de ellos ocupados por mujeres.

La finalidad de este nuevo proyecto LAMEGI es crear una estructura de carácter social que implemente los mercados sociales de empleo y cláusulas sociales como herramientas para favorecer la inserción socio laboral de personas en riesgo de exclusión y situación desfavorecida. Para ello trabajamos en cuatro líneas fundamentales:

- Experimentar mercados sociales de empleo.
- Experimentar herramientas para favorecer el uso de las cláusulas sociales en la Administración.
- Consolidar las empresas de inserción como grupo social organizado.
- Experimentar la inclusión laboral como un elemento de la responsabilidad social en colaboración con empresas.

Todo ello fomentando, de manera transversal la participación de las personas en el proceso, la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, la dimensión transnacional el proyecto, el diseño para todas las personas, la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y la evaluación como instrumento de mejora continua.

En el grupo de trabajo sobre Cláusulas Sociales nos hemos marcado el objetivo de analizar la forma en que se realiza la contratación pública y sugerir la mejora de los criterios de adjudicación y ejecución, abordando la introducción de Cláusulas Sociales en la licitación pública con el objetivo de facilitar la contratación de empresas que fomenten la promoción de empleo para personas en situación o riesgo de exclusión social.

Gran parte de las acciones que nos proponíamos ya se han realizado, y culminan en el Manual que os presentamos. Su autor es Santiago Lesmes Zabalegui, una persona experta en este ámbito de trabajo y con reconocido prestigio en el Tercer Sector. Su contenido abarca un argumentario, una guía de implantación, un análisis jurídico, una muestra de pliegos tipo y de cláusulas implantadas, dictámenes, legislación, normativa, jurisprudencia, artículos, ponencias y experiencias y buenas prácticas.

Agrupación de Desarrollo LAMEGI
Bilbao, mayo 2006

ÍNDICE

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN. OBJETIVO Y CONTENIDO 15

II. ARGUMENTACIÓN 21

1. EL EMPLEO COMO FACTOR DE INCLUSIÓN SOCIAL 21
2. SINERGIAS DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES CON OTROS DISPOSITIVOS DE INSERCIÓN 22
3. DEFINICIÓN 23
4. CLÁUSULAS SOCIALES Y LA ESTRATEGIA EUROPEA EN FAVOR DE LA INCLUSIÓN SOCIAL 24
5. VENTAJAS Y BENEFICIOS DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES 25

III. LAS ADMINISTRACIONES Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 33

1. IMPORTANCIA DE LA CONTRATACION PÚBLICA Y OBJETIVOS SOCIALES 33
2. ANTECEDENTES DE CRITERIOS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 34
3. LEGISLACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES 35
4. BREVES NOCIONES SOBRE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS 38

IV. GUÍA DE IMPLANTACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES 41

1. CUESTIONES PREVIAS 41

1.1. DEFINIR EL PERFIL DE LAS PERSONAS A CONTRATAR 41
1.2. ¿EMPRESA DE INSERCIÓN O INSERCIÓN EN EMPRESA ORDINARIA? 42
1.3. ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS 44
1.4. EL SECTOR DE ACTIVIDAD 46
1.5. OBSTÁCULOS Y APOYOS. AGENTES CLAVE 50
1.6. IMPLANTACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LAS DISTINTAS FASES 50

2. FASES DE LA CONTRATACIÓN 51

2.1. DEFINICIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO 52
2.2. ESPECIFICACIONES O PRESCRIPCIONES TÉCNICAS 54
2.3. LA SELECCIÓN DE CONTRATISTAS 55

EXIGIENCIA DE CAPACIDAD TÉCNICA 56
EL CONTRATO MENOR 58
EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO 58
EL MERCADO TUTELADO 59

2.4. FASE DE ADJUDICACIÓN. VALORACIÓN DE LAS OFERTAS 61

PUNTUACIÓN POR CONTRATACIÓN DE PERSONAS EN SITUACIÓN DESFAVORECIDA 61
PUNTUACIÓN POR SER UNA EMPRESA DE INSERCIÓN 63
LA ADMISIÓN DE VARIANTES O MEJORAS 66

2.5. FASE DE EJECUCIÓN 66

V. ANÁLISIS JURÍDICO **73**

1. CRITERIO DE SELECCIÓN 73

1.1. EL CONTRATO MENOR 73
1.2. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO 73
1.3. MERCADO TUTELADO Y RESERVA DE MERCADO PÚBLICO 75
1.4. LA SOLVENCIA TÉCNICA COMO REQUISITO DE SELECCIÓN DE EMPRESAS DE INSERCIÓN 77

2. CRITERIO DE VALORACIÓN 80

2.1. PUNTUACIÓN POR SER UNA EMPRESA DE INSERCIÓN 80
2.2. PUNTUACIÓN POR LA CONTRATACIÓN DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE EXCLUSIÓN 83
2.3. LA ADMISIBILIDAD DE VARIANTES 89

3. COMO CONDICIÓN DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO 90

4. CUESTIONES JURÍDICAS COMPLEMENTARIAS 92

4.1. LEGISLACIÓN DE REFERENCIA 92
4.2. APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS 92
4.3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA CONTRATACIÓN 93
4.4. EL OBJETO DEL CONTRATO 93
4.5. LA OFERTA ECONÓMICA MÁS VENTAJOSA 94
4.6. LOS ÁMBITOS COMPETENCIALES 95

VI. ANÁLISIS DE EXPERIENCIAS **99**

1. AYUNTAMIENTO DE GIRONA 99
2. GENERALITAT CATALUÑA. RESERVA DE MERCADO 103
3. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA Y FUNDACIÓN GAZTELAN 106
4. ADIGSA. PROGRAMA POSA´T A PUNT 109
5. AYUNTAMIENTO SANT BOI DE LLOBREGAT 114

VII. ANEXOS. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA **123**

I. INTRODUCCIÓN. OBJETIVO Y CONTENIDO

Con la presente publicación **deseamos analizar, promover y facilitar la introducción de criterios sociales- referidos a la inserción sociolaboral- en la contratación de las Administraciones Públicas.**

Es lo que se denomina Cláusulas Sociales. Entendemos por cláusula cada una de las disposiciones que forman parte de un contrato, estipulan su contenido y establecen derechos y deberes de obligado cumplimiento por las partes. Y en la presente acepción, **definimos las Cláusulas Sociales como la inclusión de aspectos de política social en los procesos de licitación pública, y concretamente la promoción de empleo para personas en situación o riesgo de exclusión social.**

Hemos primado en el contenido un enfoque práctico: asentando conceptos, proporcionando materiales necesarios para su comprensión y formulación, citando ejemplos y recomendaciones, concretando una metodología que facilite su diseño e implantación, esgrimiendo argumentos, e incorporando fuentes de información. Al considerarlo imprescindible aportamos además un pormenorizado análisis jurídico.

Con la diversidad de materiales deseamos que resulte de utilidad a los poderes públicos con capacidad de decisión, al personal técnico de empleo y de inserción sociolaboral, de contratación y jurídico, y a las entidades del tejido asociativo; sin perder nunca de vista que las beneficiarias finales son las personas en situación de exclusión a través de los empleos de inserción generados mediante cláusulas sociales. Dependiendo del objetivo y especialización de cada quien, el interés residirá en unos u otros capítulos, que en todo caso resultan complementarios.

Los contenidos y productos que aportamos sobre Cláusulas Sociales, son los siguientes:

- Una introducción y explicación conceptual.
- Argumentación sobre sus beneficios y ventajas.
- Guía Práctica de Implantación.
- Informe y Análisis Jurídico.
- Análisis de experiencias ejemplarizantes.
- Mapa localizador de Cláusulas Sociales.
- Recopilación de pliegos y adjudicaciones con cláusulas sociales.
- Compilación de la normativa y legislación aplicable.
- Jurisprudencia específica.
- Informes y dictámenes jurídicos.
- Modelos de Pliegos de Cláusulas Administrativas que faciliten su implementación.
- Ponencias y artículos de opinión.
- Acuerdos municipales adoptados.
- Protocolos, documentación y materiales complementarios de utilidad.

Postulamos que la exclusión social se conforma por un conjunto de causas y que la forma de abordarlo es multifactorial, obvio resulta también que el recurso laboral no es válido para todas las personas. No obstante este trabajo y el proyecto se centran de manera específica en la inclusión social mediante la incorporación laboral, recurso cuya idoneidad deberá analizarse previamente para cada caso concreto, al igual que la necesidad de intervención específica en otros ámbitos sociales o personales.

Daremos por supuesta una base de conocimientos acerca de la exclusión social y la inserción laboral, por lo que sin apenas preámbulos abordaremos de manera concreta y directa las Cláusulas Sociales en la contratación pública, como herramienta técnica de política social dirigida a la incorporación laboral de personas y colectivos en situación o riesgo de exclusión.

Vaya por delante que siendo nuestro objetivo la generación de oportunidades de empleo para personas y colectivos desfavorecidos, proponemos utilizar sus diferentes fórmulas de manera versátil y adaptada a las posibilidades. Además, veremos que en algunos casos podremos dirigir la contratación pública hacia las empresas de inserción, pero no se agota en este concepto y sentido, sino que constituye un objetivo en sí mismo y un importante avance el hecho de que también las empresas mercantiles ordinarias contraten a personas con dificultades de acceso al empleo.

Sin desdeñar actuaciones puntuales o licitaciones concretas, es nuestro objetivo fomentar programas estables y continuados de Cláusulas Sociales que orienten la contratación pública y resulten efectivas en lo que se refiere a la generación de oportunidades de empleo para personas y colectivos en situación desfavorecida. Su alcance, el carácter ejemplarizante y la capacidad de transferencia de estas políticas avalan sin duda alguna su uso.

Si bien ya existen estudios, referencias y alguna publicación sobre cláusulas sociales, hemos creído necesario este trabajo por dos razones fundamentales:

La primera de tipo práctico, procurando actualizar y recopilar con exhaustividad toda la información relevante, documentar las experiencias habidas, evaluar los resultados, así como proporcionar recomendaciones y advertencias sobre buenas (y malas) prácticas.

La segunda de índole jurídica, derivada de la aprobación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Se trata de la norma de máximo rango en materia de contratos y a la que debe adaptarse la legislación de los estados miembros, por lo que en estos momentos [1] se está tramitando el anteproyecto de reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del Estado. Pues bien, tanto la Directiva como el anteproyecto de ley, han alumbrado la oscuridad legal que se cernía sobre la aplicación de las cláusulas sociales en la contratación pública, y cuyo resultado ha sido admitirlas con algún matiz y ciertas salvaguardas, realizando incluso referencias específicas a las empresas de inserción y la inserción laboral de colectivos desfavorecidos, lo que sin duda celebramos.

Ciertamente, durante años hemos debido avanzar a tientas y en penumbra debido a la omisión normativa respecto al uso de criterios sociales en la contratación pública, defendiendo muchas personas una interpretación social de la ley frente a la activa oposición de quienes argüían que no era posible, puesto que la normativa de contratos no lo autorizaba expresa e inequívocamente.

Ahora ya la nueva Directiva -en vigor desde enero de 2006- reconoce expresamente unas posibilidades y permanece silente en otras, que deberemos seguir interpretando conforme a la jurisprudencia y el resto de fuentes del derecho.

No se trata de reprochar la actitud de quienes se han defendido un garantismo jurídico a ultranza, pero sí reflexionar que en demasiadas ocasiones su pertinaz enroque ha paralizado y perjudicado las oportunidades laborales de las personas en situación o riesgo de exclusión. Las prioridades sociales establecidas en la Constitución y los Tratados de la Unión Europea desempeñan un importante papel en la redacción e interpretación de las leyes, y el interés general debe guiar la contratación pública, por ello y sin necesidad de vulnerar norma alguna, es preciso ver más allá de un aséptico texto normativo y entender que el bien en juego es algo tan importante como la inclusión sociolaboral de personas en situación desfavorecida.

1-*Esta publicación se editó en marzo de 2006. Consultadas varias fuentes, la aprobación de la nueva Ley de Contratos del Estado no se producirá antes de 2007, aprobado el anteproyecto se encuentra en fase de enmiendas.*

Es hora pues de pasar la página de las discusiones doctrinales y centrar la atención en la manera más apropiada de diseñar y ejecutar políticas de incorporación laboral, utilizando las cláusulas sociales como una valiosa herramienta, tal y como demuestran las experiencias analizadas y sus resultados.

Esperamos que este trabajo resulte útil y provechoso, no sólo en nuestro proyecto sino a todas aquellas personas y entidades que trabajan –desde lo público o lo privado- en el ámbito del empleo y la inserción sociolaboral.

II. ARGUMENTACIÓN

1. EL EMPLEO COMO FACTOR DE INCLUSIÓN SOCIAL

El empleo se ha convertido en uno de los principales mecanismos de inclusión social, por lo que una actividad económica remunerada constituye uno de los factores más eficaces en la lucha contra la exclusión social. Tanto es así, que algunos autores afirman que nos hallamos en una "sociedad salarial", en la que su percepción determina formar o no parte de la misma.

Consecuencia de la lucha contra el desempleo y una favorable coyuntura económica, la tasa de paro ha evolucionado del 23,91% en el año 1994, al 8,42% en la última encuesta de población activa de 2005. Incluso algunas regiones españolas rozan el pleno empleo [2].

Pero no hay empleo para todas las personas ni es empleo de calidad todo lo que reluce: existen personas con baja o muy baja empleabilidad, otras en situación de clara precariedad que entran y salen constantemente del mercado laboral, y también quienes pese a trabajar reciben salarios de pobreza [3], lo hacen en situación irregular o en la economía sumergida; todas ellas se encuentran cercanas –sino inmersas- en el riesgo de exclusión social.

Considerando que se sigue acusando a quien no trabaja de no querer hacerlo o la defensa de un darwinismo social que desdeña a "los menos aptos", es necesario aclarar que la bonanza económica no alcanza a un contingente numeroso de personas, alejadas del mercado laboral y de la protección social.

El Informe Foessa [4] estima que 8.509.000 personas se hallan en situación de pobreza [5], y que la pobreza severa afecta a 1.739.800 personas. Datos coincidentes con el Instituto Nacional de Estadística, que en su Encuesta de Condiciones de Vida de 2004 indica que el 19,9% de la población residente en España está por debajo del umbral de pobreza, resultados también similares a los obtenidos en el Panel de Hogares de la Unión Europea [6] (PHOGUE) durante el periodo 1994-2001. En el caso de la Comunidad Autónoma Vasca y Navarra, el 30% de la población vive por debajo del umbral de la pobreza [7].

Es precisamente en la categoría de desempleados, donde se concentra una mayor proporción de personas por debajo del umbral de riesgo de pobreza (44,3% en 1999) según los datos de Plan Nacional de Inclusión Social para el Reino de España 2003-2005.

El empleo no constituiría un factor de inclusión tan importante si las rentas de inserción y las prestaciones sociales fueran capaces de reducir la exclusión. El modo de comprobarlo es analizar los índices de pobreza antes y después de la acción pública y la diferencia mide la efectividad de la política social. Por ejemplo en Euskadi 300.000 personas evitan la pobreza gracias a las pensiones de la Seguridad Social y 85.000 más por las prestaciones asistenciales [8].

De este modo, si el porcentaje de personas pobres en España se considera antes de las transferencias sociales apenas difiere de la media en la Unión Europea (23% frente a 24%). Pero si el porcentaje se calcula después de la acción política y presupuestaria, la media europea se sitúa en el 15% de personas pobres y en España en el 19%. Constatamos así que la famélica política social disminuye el porcentaje de pobreza en sólo cuatro puntos, cuando por término medio en Europa lo hace en nueve, lo que conjuga perfectamente con el hecho de que el porcentaje del PIB dedicado a gasto social en el estado español [9] es seis puntos inferior a la media (UE-15).

2-En la CAV, la tasa de paro es del 6,40% de la población activa. Fuente: INE. Marzo de 2006.
3-Según el estudio "Working poor in the European Union" de Pérez-Casas, R. y Latta, M. existían en 1999 en la UE once millones de trabajadores por debajo del umbral de pobreza, situación que afectaba al 10% de trabajadores españoles.
4-"Las condiciones de vida de la población pobre en España" (1998). Fundación Foessa. Equipo de Investigación Sociológica (EDIS).
5-Por debajo del umbral del 50% de la renta media disponible neta (rdn), fijado en 804 euros al mes, según el método establecido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).
6-La Encuesta de Condiciones de Vida (ECV) es una estadística armonizada que sustituye al Panel de Hogares de la Unión Europea (PHOGUE), relativo a las estadísticas comunitarias sobre la renta y las condiciones de vida.
7-Aitor Balda, portavoz de la Plataforma contra la Exclusión Social y por los Derechos Sociales-Elkartzen.
8-Sanzo González, L. Encuesta de pobreza y desigualdades sociales 2004. Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco.
9-Según Vicenç Navarro (La situación social en España, 2005), Euskadi –tras Asturias- es la segunda comunidad con mayor gasto social por habitante con 3.992 euros.

En España existen 4.171.000 personas perceptoras de prestaciones económicas de mínimos que perciben una media de 2.490 euros anuales. Pero sólo en el apartado de rentas mínimas en los últimos cinco años, se ha reducido la aportación del conjunto de las administraciones en 500 millones de euros; es decir cada habitante dedica (dedicamos) un 10% menos de gasto por cada persona en situación de pobreza [10].

Destacamos no obstante que en la Comunidad Autónoma Vasca, el gasto por habitante en rentas mínimas es siete veces mayor que la media estatal y su importe abarca el 34,7% de todo el presupuesto estatal destinado a rentas mínimas [11].

Ciertamente hay estadísticas reveladoras: la pobreza en el estado español se redujo significativamente desde los años setenta hasta los primeros noventa, pero desde entonces no sólo se frena el descenso sino que se aprecia un repunte en el número de personas pobres. Nada extraño si disminuye el gasto y las prestaciones sociales y lo aliñamos con la precariedad laboral, la pérdida de poder adquisitivo de los salarios [12], o el endeudamiento de las familias. Con estos mimbres aumenta la pobreza y por ende la exclusión social, cuya delimitación más que una línea difusa parece un alambre de funambulista sobre el que hacen equilibrios cada vez más personas [13].

Más que paradójico resulta aberrante constatar cómo la pobreza aumenta cuando el desempleo se ha reducido a la tercera parte y atravesamos una década continua de crecimiento económico sin precedentes. El peso económico del estado español es hoy superior al de Canadá, y se propone impulsar su entrada en el G-8, un alarde incongruente con la persistencia crónica de la pobreza, un desempleo estructural que en absoluto afecta por igual a todas las personas y la progresiva reducción presupuestaria en gasto social.

Sirva esta exposición para concluir que además de seguir reivindicando un notorio incremento del presupuesto público destinado a inclusión social, es nuestro deber proponer fórmulas que hagan eficaces los recursos existentes. Sin duda que las cláusulas sociales constituyen una útil herramienta que facilita el objetivo de la inserción sociolaboral.

2. SINERGIAS DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES CON OTROS DISPOSITIVOS DE INSERCIÓN

A resultas de la situación antedicha, los dispositivos de empleo suelen dirigirse a personas con mejores capacidades y mayores posibilidades de acceso al empleo (no siempre, ya que hay significativos ejemplos), y son los servicios sociales quienes se ocupan de los colectivos más vulnerables, pero disponen de escasas oportunidades para lograr su incorporación laboral aunque para ello desplieguen toda una batería de acciones: servicios de información y orientación; agencias de colocación o intermediación; dispositivos de formación prelaboral y laboral; asesoría para el autoempleo y apoyo a personas emprendedoras; programas de empleo social protegido; así como empresas de inserción con actividad mercantil y que reservan puestos de trabajo para personas en situación de exclusión social.

No obstante todas estas acciones siguen resultando insuficientes en nuestra finalidad. Si recapacitamos al respecto, la mayoría de los recursos citados procuran el acceso al empleo interviniendo sobre "el punto de partida" o en "la propia carrera" hacia el mismo, esto es, removiendo obstáculos, mejorando habilidades y procurando capacidades, pero sigue fallando el aspecto más importante, la "línea de meta" o el acceso a un empleo concreto.

Por ello destacamos la complementariedad de las cláusulas sociales con otras acciones de inserción por lo económico, y destacamos su importancia, puesto que **el objetivo es proporcionar oportunidades laborales, sea en una empresa de inserción o en una empresa ordinaria.** Y precisamente con las cláusulas sociales se procura ese doble objetivo:

- Por una parte proporcionar mercado a las empresas de inserción por medio de la adjudicación pública de contratos, lo que redunda en la generación de empleo de inserción.

- Por el otro implicar a las empresas ordinarias lucrativas en el objetivo de la inserción sociolaboral, valorando o exigiendo la contratación de personas en situación de exclusión, al igual que ocurre con la reserva del 2% dirigida a personas discapacitadas.

Las cláusulas sociales no son una herramienta aislada, sino complementaria de otras actuaciones, y precisamente su valor deriva de la necesidad de cubrir la tradicional dificultad de completar el itinerario de inserción mediante el acceso al empleo. Así, las cláusulas sociales van a proporcionar (bien mediante compromiso y valores propios de la empresa, o bien mediante una obligación impuesta) la reserva de un determinado número de puestos de trabajo a las personas en situación o riesgo de exclusión social. Y aquí es donde entran en juego las sinergias con los dispositivos de empleo e incorporación laboral:

- Los recursos formativos podrán capacitar a las personas para que puedan ser contratadas, anticipándose a las necesidades e incluso planificando y desarrollando programas con las administraciones públicas, cuando se prevea con tiempo suficiente una adjudicación con cláusulas sociales en un sector determinado de actividad.

- Los dispositivos de acogida y orientación, serán quienes analicen la idoneidad y capacidad de las personas para acceder al empleo -transitorio o finalista, con apoyos o normalizado-, estableciendo su itinerario de inserción y mejorando sus capacidades y habilidades para lograrlo.

- Los servicios de intermediación y agencias de colocación, dispondrán de ofertas que ofrecer a las personas desempleadas, y cotejarán sus demandas con las solicitudes que deriven las empresas que deben realizar una contratación de personal para la prestación de un contrato público.

- Los y las profesionales sociales dedicadas al acompañamiento serán responsables del seguimiento social, personal y laboral de la persona contratada. Quede claro en esta cuestión, que esta labor no debe competer a las empresas mercantiles, y que en las experiencias existentes este apoyo se presta bien desde los servicios públicos, o bien por entidades de acción social.

- Para los programas de empleo social protegido o asistido, facilita la culminación del proceso, pudiendo derivar a una empresa ordinaria o de inserción a aquellas personas que avanzando en su itinerario, se encuentren en disposición de acceder a un empleo.

- Para las empresas de inserción les supone una cuota de mercado, ejecutando por sí mismas un contrato; participando como Unión Temporal de Empresas; o bien mediante convenios o subcontratas con empresas ordinarias cuando voluntaria o imperativamente empleen a personas en situación de exclusión (al igual que sucede en la LISMI[14]).

- Igualmente los recursos de apoyo a la creación de iniciativas económicas o al autoempleo, podrán buscar nichos de mercado y programar con una administración local la reserva de mercados, orientando a emprendedores hacia determinados sector de actividad, o bien creando empresas específicamente dirigidas a la obtención y ejecución de un contrato público.

3. DEFINICIÓN

Entendemos por cláusula cada una de las disposiciones que estipulan el contenido de un contrato, estableciendo derechos y deberes de obligado cumplimiento por las partes.

En la presente acepción, **definimos las Cláusulas Sociales como la inclusión de aspectos de política social en los procesos de contratación pública, y concretamente la promoción de empleo para personas en situación o riesgo de exclusión social con el objetivo de facilitar su incorporación sociolaboral.**

10-Miguel Laparra Navarro, profesor de Trabajo Social de la Universidad Pública de Navarra. Diario de Noticias 10 de febrero de 2006.
11-Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Evaluación general de objetivos, prioridades y metas clave del Plan Nacional de Inclusión Social 2003-2005.
12-Según el Indicador laboral de CCAA Adecco (ILCA), febrero de 2006, los salarios han perdido desde junio de 2004 un 1,4% de su capacidad adquisitiva. Sube la inflación pero los salarios no lo hacen en la misma cuantía.
13-Según el Eurostat (Duodécimo informe sobre pobreza y exclusión, 2002), el 48% de la población española experimentó alguna vez en el plazo de cuatro años (1994-1997) situaciones de pobreza material y/o monetaria.
14-Ley 13/1982 de 7 de Abril, de Integración Social de los Minusválidos. Denominación que el actual Gobierno se ha comprometido a modificar por el de "Integración Social de las personas discapacitadas".

Podemos incorporar cláusulas sociales en distintas fases de adjudicación de un contrato público:

- **Como criterio de admisión**, exigiendo requisitos previos de carácter social o la acreditación de experiencia o solvencia técnica en materia de inserción sociolaboral para que la empresa pueda ser contratada. Por ejemplo exigir que se trate de una empresa de inserción.

- **Como criterio de valoración**, señalando características o compromisos de carácter social que serán baremados o puntuados en la adjudicación del contrato. Por ejemplo que un porcentaje de la plantilla que ejecutará el contrato sean personas con dificultades de acceso al empleo.

- **Como una obligación**, señalando condiciones obligatorias de carácter social para la ejecución del contrato. Por ejemplo que la empresa adjudicataria deba ineludiblemente contratar a un número de personas en situación o riesgo de exclusión social.

4. CLÁUSULAS SOCIALES Y LA ESTRATEGIA EUROPEA EN FAVOR DE LA INCLUSIÓN SOCIAL

Debemos abordar la incorporación laboral con rigor, no todas las acciones son válidas sino que deben diseñarse y desplegarse adecuadamente. La estrategia europea de inclusión social fijada por el Consejo Europeo de Lisboa en marzo de 2000, establece unas recomendaciones sobre las políticas a adoptar en materia de inserción sociolaboral, que podemos cotejar con las cláusulas sociales para analizar su idoneidad. Veamos:

- Corresponsabilidad: inherente a las cláusulas sociales puesto que persigue y consigue implicar a administraciones públicas, agentes sociales y empresas mercantiles lucrativas.

- Impacto: se trata de buscar "herramientas capaces de conseguir resultados objetivables de carácter cuantitativo y cualitativo", como demostramos en la evaluación de experiencias, las cláusulas sociales poseen muy estimable alcance en cuanto a empleo generado para personas en situación o riesgo de exclusión social.

- Eficiencia de recursos: como se señala en el apartado de beneficios económicos, las cláusulas suponen una actuación muy económica en cuanto al ratio por empleo de inserción, y en algunos casos ni siquiera suponen un incremento en las dotaciones presupuestarias.

- Compromiso Político: "Imprescindible para tener un impacto decisivo en la erradicación de la pobreza", la implicación de las autoridades constituye un elemento necesario en la implantación de cláusulas sociales y demuestra los efectos positivos de la voluntad política a favor de la inclusión social.

- Cooperación y participación: como hemos visto, no se trata de un recurso aislado sino que se relaciona con otros dispositivos de inserción sociolaboral para facilitar el último tramo del itinerario y procurar oportunidades de empleo. Esta cooperación supone en ocasiones sellar la compartimentación entre distintas entidades y/o agentes sociales, poseyendo carácter horizontal (inter pares) y vertical (entre superiores e inferiores ámbitos de decisión).

- Capacidad de transferencia y replicabilidad. Otra de sus bondades: la posibilidad de ser aplicada y reproducida por distintos territorios y administraciones, cuestión que esperamos facilitar con las recomendaciones y el compendio de buenas prácticas que aquí aportamos. Existen programas de cláusulas -evaluados y mejorados- con varios años de experiencia que nos servirán para acortar y allanar el camino a las administraciones interesadas en su implantación.

- Transversalidad: resulta llamativo que al analizar experiencias ha sido recurrente la alusión a esta característica, y en verdad pensamos que uno de los factores de éxito consiste en sacar a la exclusión social de su régimen de casi monopolio por

los servicios sociales y coordinar las políticas con secciones como empleo, promoción económica, contratación, obras y mantenimiento, servicios jurídicos, etcétera. Se trata de implantar procesos de decisión pública basados en lógicas de interdependencia y con poder relacional. En este contexto se pone de manifiesto la necesidad de elaborar programas que impliquen al máximo de agentes (departamentos, áreas, entidades, instituciones, etc.) que trabajan en la problemática abordada [15].

5. VENTAJAS Y BENEFICIOS DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES

5.1. BENEFICIOS PERSONALES. PARA LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DESFAVORECIDA

- Acceso al mercado laboral
- Remuneración económica
- Autoestima, responsabilidad y dignidad. Adquisición de hábitos y actitudes
- Proporcionan un ámbito de relación social e interpersonal
- Cualificación profesional. Formación y capacitación
- Derecho a subsidios y prestaciones por desempleo
- Acceso al sistema de prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, invalidez o incapacitación.

5.2. BENEFICIOS PÚBLICOS Y POLÍTICOS. PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

- Mejora de la capacidad y eficacia de los dispositivos públicos de empleo y de los servicios sociales.
- Incrementa la rentabilidad de la inversión pública para posibilitar nuevas formas de solidaridad, igualdad de oportunidades y cohesión social.
- Facilita la sostenibilidad de las políticas de empleo, inserción laboral e inclusión social.
- Consecución de objetivos sociales que trascienden la mera contratación de obras, servicios o suministros.
- Compaginar las necesarias políticas asistenciales con aquellas productivas y dinámicas, minorando además las subvenciones destinadas al efecto.
- Impacto positivo en la opinión ciudadana sobre la actuación del sector público.
- Mejora de la cooperación y relación interdepartamental.
- Aplicación transversal del principio de solidaridad.
- Contribución a pilares básicos del Estado del Bienestar, como el derecho al trabajo y la cohesión social.
- Colocar a la Administración en posturas innovadoras, propositivas y ejemplarizantes.

15-"Generación de Conocimiento, políticas y prácticas para la inclusión social". Instituto de Gobierno y Políticas Públicas. Universidad Autónoma Barcelona. Dirección: Joan Subirats y Ricard Gomà.

5.3. BENEFICIOS PARA LAS EMPRESAS MERCANTILES

▸ **Subvenciones**. En la Comunidad Autónoma Vasca mediante el Decreto 329/2003, de 23 de diciembre, por el que se regulan las ayudas al empleo, se establecen subvenciones de hasta 7.500 euros para la contratación de personas con dificultades de acceso al empleo, entendiendo como tales:

a) Personas mayores de 45 años que figuren inscritas como paradas al menos con una antigüedad de tres meses.
b) Jóvenes menores de 30 años que figuren inscritos como parados con una antigüedad mínima de 5 meses y máxima de 12 meses.
c) Personas que tengan reconocida una minusvalía física, psíquica o sensorial de al menos un 33%.
d) Personas que padezcan una enfermedad mental.
e) Personas paradas de larga duración.
f) El padre o la madre de una familia monoparental, siempre que figuren inscritas como paradas con una antigüedad mínima de tres meses.
g) Personas que hayan sido víctimas de actos de terrorismo.
h) Personas que hayan sido víctimas de violencia doméstica.
i) Personas que hayan finalizado su proceso de inserción socio-laboral en una empresa de inserción, reguladas en el Decreto 305/2000, de 26 de diciembre.
j) Personas beneficiarias de las ayudas establecidas en el Decreto 198/1999, de 20 de abril, por el que se regula el Ingreso Mínimo de Inserción (actual Renta Básica), y en el Decreto 199/1999, de 20 de abril, por el que se regulan las Ayudas de Emergencia Social.
k) Personas extoxicómanas (exalcohólicas y exdrogadictas),.
l) Personas internas en centros penitenciarios que carezcan de cualquier contrato de trabajo y cuyo régimen penitenciario les permita acceder a un puesto de trabajo, y personas ex-reclusas.

▸ **Bonificaciones**: El contrato de trabajo para trabajadores desempleados, según lo establecido en la Ley 2/2004 de 27 de diciembre [16] de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, también denominado "Contrato Bonificado para Trabajadores en Situación de Exclusión Social", establece que cada contrato indefinido o temporal dará derecho a una bonificación de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes del 65% (75% para mujeres), con un máximo de 24 meses.

▸ La reducción del desempleo conlleva en algunos sectores una escasez de **mano de obra**. Los programas de cláusulas sociales facilitan personas capacitadas para el desempeño laboral, recayendo en la empresa la elección final sobre la persona a contratar. En otros casos implica que los y las posibles trabajadoras han recibido formación específica, o incluso la realización de acciones formativas a la carta sin coste para la empresa contratante. Se da un porcentaje significativo de personas contratadas que tras acabar la relación laboral derivada de la ejecución del contrato público, son renovados por la empresa, satisfecha por su rendimiento.

▸ Orientar el despliegue de estrategias de **Responsabilidad Social de las Empresas**. La sociedad está exigiendo a las empresas su implicación en valores y acciones sociales, con expectativas que van más allá de la calidad técnica o el precio. Para el 80% de la población el compromiso social de la empresa es un factor influyente a la hora de adquirir un producto y un 44% está dispuesto a pagar más por productos o servicios socialmente responsables. Las encuestas [17] acreditan además que el aspecto más valorado de la acción social en la empresa se refiere a formación y empleo con colectivos desfavorecidos (el 41%). En consecuencia podemos hablar de beneficios para la empresa en una doble dimensión:

- A nivel externo: Captación y fidelización de clientes. Posicionamiento y mejora de imagen y marca. Mejora de la relación con el entorno (agentes sociales, ciudadanía y administraciones).

16-Disposición adicional cuadragésima séptima. B.O.E. de 28 de diciembre.
17-Según el informe "El ciudadano ante la acción social de las empresa" publicado por la Fundación Empresa y Sociedad en 2005

- A nivel interno: Identificación y compromiso de los y las trabajadoras. Mejora del clima laboral, redundado en la productividad y calidad. Mejora de la comunicación interna. Fomento de una cultura corporativa. Valor añadido a los accionistas.

5.4. BENEFICIOS COMUNITARIOS. PARA LA SOCIEDAD

▸ Reducción de la fractura social existente entre personas incluidas y excluidas socialmente.

▸ Avanzar hacia una corresponsabilidad social entre administraciones públicas, agentes sociales y empresas mercantiles, creando un partenariado en el que nadie pierde su especificidad pero se comparten objetivos comunes que benefician al conjunto.

▸ Sensibilizar a la población sobre modelos inclusivos y la situación de las personas en situación de pobreza y exclusión social.

▸ Fomentar el desarrollo local, mejorar la calidad de vida e incidir en las zonas más desatendidas.

▸ Potenciar el Tercer Sector por su valor generador de cohesión social.

5.5. BENEFICIOS ECONÓMICOS

▸ Facilitar a través de la incorporación laboral la reducción del desempleo y el aumento de la población activa, lo que incide en la renta familiar y el producto interior bruto.

▸ Reducir el presupuesto público destinado a las personas en riesgo de exclusión: salarios mínimos o rentas básicas, subsidios o prestaciones, albergues, recursos, gastos y profesionales laborales, sociales, sanitarios, penitenciarios, etc.

▸ Producir por añadidura ingresos a las Haciendas Públicas, mediante las aportaciones de la persona incorporada laboralmente a la Seguridad Social y el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, así como su contribución porcentual por los pagos de su empresa en el Impuesto de Sociedades o el Impuesto sobre el Valor Añadido entre otros.

5.6. RENTABILIDAD ECONÓMICA DE LA INSERCIÓN SOCIOLABORAL

Respecto a análisis y datos económicos que demuestran la rentabilidad económica de la inserción laboral de personas en situación desfavorecida -que puede lograrse mediante las cláusulas sociales-, podemos citar los siguientes:

▸ Según el estudio del año 2005 de la Federación Española de Empresas de Inserción (Fedei), titulado "Identificación y diagnóstico integral de las empresas de inserción en España", los flujos económicos generados (ingresos de las Empresas de Inserción e impuestos que pagan por su actividad) por trabajador suponen 11.090,35 euros anuales, y el ahorro público por trabajador de inserción (menor coste social por persona y año para el Sector Público) es de 4.417,54 euros. **Lo que supone un beneficio económico estimado anual de 15.507.89 euros por persona incorporada laboralmente.**

▸ En el estudio del año 2001 de la Fundación Cirem: "Identificación y diagnóstico integral de las empresas de inserción en España" en Editorial Popular, se indica sobre una muestra de 80 empresas de inserción en el estado español que la subvención media recibida por empresa fue de 24.500 euros y las aportaciones que realizaron en forma de impuesto supuso 17.500 euros, lo que ya absorbe en buena parte las ayudas recibidas. A ello por supuesto habría que añadir el ahorro que suponen.

▸ Del estudio realizado por la Red de Economía Alternativa y Solidaria de Navarra, en el documento de propuestas al Plan de Empleo 2005-2007 del Gobierno de Navarra, realizado sobre los doce Centros de Inserción Sociolaboral (Empresas de Inserción) existentes y referido a 2003, se extraen los siguientes datos:

Aportación y coste social de los Centros de Inserción (en euros)	
Total aportaciones a la Seguridad Social	695.605
Total aportaciones a Hacienda por IVA	212.977
Total aportaciones a Hacienda por IRPF	87.632
Suma total de aportaciones	996.214
Menor coste de Rentas Básicas	370.021
Suma aportaciones y menor coste	1.366.214
Ayudas económicas recibidas	1.046.655
Saldo positivo para las arcas públicas	**-319.559**

* Estos datos sólo quieren servir de referencia ya que se necesitaría un estudio más profundo para estimar al detalle la cesación en otros costes sociales, puesto que tan sólo se ha tenido en cuenta el ahorro en rentas básicas.

▸ Sirva para aclarar la nota inmediatamente anterior el análisis de la Fundación Internacional Olof Palme y la Universitat de Barcelona: "La marginación, un problema medioambiental" de 1997, en el que se recoge que una persona en situación de exclusión social suponía (en la fecha del estudio) un gasto público anual de 8.548 euros.

Conclusiones

Cabe considerar de tal obviedad el conjunto de beneficios que parece reiterativo establecer conclusiones, pero al menos recapitulemos:

▸ Las cláusulas sociales suponen una herramienta de incorporación laboral de probada eficacia y considerable alcance.

▸ Poseen las necesarias cualidades de aptitud: transversalidad, impacto, compromiso político, cooperación, corresponsabilidad, transferencia y replicabilidad.

▸ Las cláusulas sociales producen una múltiple rentabilidad en distintos planos: el productivo, el público, el individual y el comunitario.

▸ Se trata de una política en la que todas las partes ganan, puesto que beneficia a personas y familias, a administraciones públicas, a dispositivos de empleo y promoción económica, a servicios sociales, a entidades de inserción y a empresas mercantiles.

▸ Además las cláusulas sociales no sólo resultan complementarias y crean sinergias con otros recursos y actuaciones de inserción laboral sino que multiplican sus efectos y mejoran considerablemente su eficiencia.

▸ Es un recurso de coste cero o de saldo positivo. Existen programas de cláusulas sociales que no suponen coste adicional y otros que en todo caso conllevarían una reorganización de los recursos existentes mejorando su eficacia.

▸ Aunque en algún caso sí pudiera suponer un coste su establecimiento, no podemos olvidar su rentabilidad social, y que además se trataría de una inversión puesto que queda demostrada incluso la rentabilidad económica que supone a los presupuestos públicos la diferencia entre una persona en situación de inclusión o de exclusión social.

La necesidad de implementar políticas activas de inserción es evidente, los recientes cambios legislativos amparan y recomiendan que la contratación pública persiga objetivos sociales, y las experiencias exitosas y los resultados aconsejan su implantación.

Esgrimidas sus ventajas y beneficios resulta necesario que los y las responsables técnicos y políticos de las distintas administraciones públicas aporten su voluntad y capacidad, también que los agentes de empleo e inserción sociolaboral propongan con coherencia programas de cláusulas sociales adaptados a su realidad.

LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LA CONTRATACIÓN

III. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LA CONTRATACIÓN

1. IMPORTANCIA DE LA CONTRATACION PÚBLICA Y OBJETIVOS SOCIALES

La contratación pública desempeña un papel de suma importancia en la economía. En la Unión Europea las administraciones públicas dedican más de un billón de euros a adquirir bienes y servicios, lo que supone –según los diferentes estudios- entre el 12% y el 15% del Producto Interior Bruto, aproximadamente 2.000 euros por habitante [18] y año

Cada vez que una autoridad pública adjudica un contrato está produciendo un impacto en el mercado y en el entorno. Debería preocuparnos que en ocasiones el efecto directo o indirecto de la contratación pública sea el empleo precario o mal remunerado, la siniestralidad o la desigualdad en las oportunidades para las personas con mayores dificultades de acceso al mismo.

Resulta incongruente que una herramienta capaz de influir significativamente en el comportamiento de las empresas, desaproveche su potencial para introducir criterios sociales en la selección y evaluación de contratistas, ni establezca condiciones en la fase de ejecución del contrato. Por el contrario, con muy poco esfuerzo se consigue transformar un efecto neutro o negativo en un impacto positivo y altamente reconocido. En castizo podríamos decir que cuesta lo mismo hacer las cosas bien que hacerlas mal, aunque obvio resulta que las consecuencias no son las mismas.

La Administración Pública juega un múltiple rol a través de la contratación:

- Por un lado actúa **como gestora de fondos y presupuestos públicos**, por lo que cabe exigir eficiencia en el gasto que no se agota con la correcta ejecución de una obra o prestación de un servicio sino que puede y debe ir más allá, impulsando efectos sociales e interactuando con los dispositivos públicos de empleo e inserción laboral. Hoy en día muchas políticas públicas se aplican de manera transversal, no se entiende que el Área de Mujer impulse acciones de igualdad y el resto actúen en sentido contrario, ni que solamente el Departamento de Medioambiente recicle el papel; por el mismo motivo esta transversalidad de objetivos sociales debe aplicarse en la contratación pública.

- Además la Administración actúa **como consumidora**, pero sin generalizar la práctica del "consumo responsable", por ello cabe exigir la búsqueda del fin ético en sus compras y un impacto positivo del gasto público desde el punto de vista social, optando por criterios éticos y sostenibles, exigiendo a sus proveedores y contratistas el cumplimiento de estándares u obligaciones sociales.

- **Como referente y ejemplo:** los poderes públicos también actúan como modelo hacia los agentes sociales y económicos. Nadie mejor que las propias administraciones para impulsar prácticas ejemplarizantes, sensibilizar y actuar de manera coherente conforme al mandato público de garantizar derechos sociales que recae sobre ellas. ¿Con qué legitimidad sino podrán las administraciones impulsar políticas de Responsabilidad Social en las Empresas?

- **Con capacidad legisladora y ejecutiva**, las administraciones públicas a la hora de contratar obras o adquirir sus bienes y servicios no actúan como una indefensa consumidora que debe firmar sin rechistar un contrato tipo. Por una parte pueden desarrollar con regulación propia la normativa de contratos con criterios sociales como han hecho Madrid, Cataluña y Navarra. Por otra los entes locales pueden concertar los pactos y condiciones que consideren convenientes, donde caben las cláusulas sociales. Así la contratación se convierte en un núcleo sobre el que gravitan cuestiones prioritarias en la agenda política.

Por ello reafirmamos y reivindicamos que la contratación pública persiga, contemple y exija objetivos sociales, actuando como un eficaz instrumento de lucha contra la exclusión social y el desempleo de personas en situación desfavorecida.

La actuación de las Administraciones y por lo tanto la contratación pública debe pivotar en torno al interés público. No se trata de una mera posibilidad sino una exigencia establecida en el artículo 40.1. de la Constitución de 1978: "los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y, en especial, realizarán una política orientada al pleno

18-José María Gimeno Feliz. Departamento de Derecho Público de la Universidad de Zaragoza.

empleo". Así lo afirma el Dictamen de la Junta Consultiva de Andalucía 146/2004, de 13 de mayo: **"Hay que subrayar que es cada vez más frecuente la inserción de cláusulas sociales en la contratación pública, como no podía ser de otro modo en un Estado que se denomina social y democrático de Derecho".**

"La contratación administrativa se halla sujeta al interés público. Este interés público, hasta ahora, sólo se ha considerado en relación con el objeto directo del contrato, es decir, con la obra, la prestación del servicio o el suministro que constituyen las concretas obligaciones que el contratista se compromete a realizar. El valor interpretativo de los principios rectores tiene aquí el sentido de introducir en la figura del contrato administrativo otros intereses públicos que trascienden el objeto directo de cada contrato individualmente considerado. **Se trata de concebir la contratación administrativa, gracias a la inclusión de cláusulas sociales, como un instrumento para llevar a cabo políticas públicas trasversales. Los principios rectores obligan a integrar la contratación administrativa con el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos** [19]".

Así lo estableció también la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1997: **"La Administración no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más favorable al interés público"**.

Y en la propia legislación, lo establece el borrador de la Ley Foral de Contratos de Navarra [20] desde su preámbulo:

"La presente Ley Foral es también sensible a las preocupaciones medioambientales y sociales y, por ello, prevé la incorporación de criterios de carácter social y medioambiental en la contratación, siempre que su empleo no limite o restrinja indebidamente la competencia. Así, se posibilita la incorporación de estos criterios en la fase de valoración de la solvencia, en la determinación de las condiciones en las que se ejecutará el contrato y como criterios de desempate en la valoración de las ofertas. Esta regulación permite que la contratación sea un instrumento para la ejecución de las políticas públicas de carácter social o medioambiental que determinen los poderes públicos. **En esta línea, la Ley Foral permite, como medida de carácter social, excluir de su aplicación determinados contratos con talleres protegidos o con empresas en el marco programas de empleo protegido. Esta visión instrumental de la contratación pública al servicio de los valores superiores que consagra el ordenamiento se ha trasladado al texto evitando el tratamiento de la contratación pública con una visión economicista de carácter unilateral y simplista".**

Buen preámbulo, claro, profundo y alentador. Ciertamente nos proponemos demostrar que la contratación pública puede y debe cabalmente salvaguardar sus principios básicos (libre concurrencia, transparencia, no discriminación, igualdad de trato) pero incorporando además otros principios y objetivos de carácter social. Compaginarlos no sólo es lícito, sino además coherente con los principios rectores del ordenamiento, eficiente ya que se aprovechan las partidas presupuestarias de la contratación para actuaciones finalistas, plausible puesto que se avanza en la cohesión social, sinérgico al suponer una actuación multiplicadora de efectos, y además rentable económica y comunitariamente.

2. ANTECEDENTES DE CRITERIOS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

- El 27 de noviembre de 1996, la Comisión Europea publica el "Libro Verde. La Contratación pública en la Unión Europea. Reflexiones para futuro.", que invita a la búsqueda de mecanismos que profundicen las políticas comunitarias en un mercado tan importante como el de la contratación pública, señalando en su apartado 5.42. "una posibilidad consiste en imponer como condición de ejecución de los contratos públicos adjudicados el respeto de las obligaciones de carácter social, encaminadas, por ejemplo a fomentar el empleo de las mujeres, o a favorecer la protección de determinadas categorías desfavorecidas". El apartado 5.V indica también: "Los poderes y entidades adjudicadoras pueden verse obligadas a aplicar diferentes aspectos de la política social en el momento de la adjudicación de sus contratos, ya que las adquisiciones públicas pueden constituir un importante medio de orientar la actuación de los operadores económicos".

- El Comité Económico y Social de la Unión Europa, aprobó el 29 de mayo de 1997 un Dictamen sobre contratación pública, en el que indicaba que: "Una política europea en materia de contratos públicos de obras debería reforzar el concepto de mejor oferta o económicamente más ventajosa, ya que el criterio del precio no es el único determinante. Teniendo en cuenta las prioridades comunitarias, especialmente en materia social, las autoridades públicas adjudicadoras, puedan integrar estas preocupaciones en los contratos públicos que realizan".

19-Maravillas Espín Sáez y Eduardo Melero Alonso. Número 1 de la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, en relación al Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos en relación al escrito de la Comisión Europea acerca de determinados criterios de adjudicación incluidos en los pliegos de condiciones de la Comunidad de Madrid.
20-En fase de enmiendas y tramitación.

- La Comunicación de la Comisión Europea de 11 de marzo de 1998, sobre la "Contratación Pública en la Unión Europea", dedica un apartado a "Alcanzar y Consolidar un efecto de sinergia con otras políticas comunitarias", en cuyo punto 4.4. "se anima los Estados miembros a que utilicen su influencia en cuanto a compradores públicos para perseguir los objetivos sociales".

- El Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas, en su Dictamen de 26 de abril de 2000, sobre la propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios -COM(2000) 275 final-, afirma: "2.6. Llama en alto grado la atención la ausencia de aspectos sociales en los criterios de adjudicación de un contrato. Los criterios sociales también deberían desarrollarse de manera específica. El Comité es consciente de la dificultad de tratar estos puntos en detalle y recomienda que las futuras Comunicaciones interpretativas de la Comisión que se refieran a aspectos medioambientales y sociales se transformen en directrices para los Estados miembros, en las que se especifique cómo han de aplicarse estos aspectos. El CES recomienda la redacción de un manual social de contratación a fin de orientar a los poderes públicos también en este ámbito.".

- El Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social del Reino de España 2005-2006, señala como línea prioritaria y Objetivo 1.1. del Plan: "Fomento del acceso al empleo para las personas en situación o riesgo de exclusión", y como parte de las actuaciones previstas para lograr dicho objetivo, se establece "1.1.3. Favorecer la contratación pública de las empresas que empleen un número significativo de personas en situación de exclusión, dentro del marco legal vigente".

3. LEGISLACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES. De las intenciones a la normativa

- Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Se trata de la norma de máximo rango y a la que debe adaptarse la legislación de contratos de los estados miembros de la Unión Europea en enero de 2006. Esta Directiva ha asumido y regulado expresamente la introducción de criterios sociales en la contratación pública, indicando entre otras cuestiones que **"el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades -definidas en las especificaciones del contrato- propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas"**.

- Comunicación Interpretativa de la Comisión, de 15 de octubre de 2001, COM (2001), sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, indica que "**Las Directivas sobre contratación pública ofrecen distintas posibilidades a la hora de tomar en consideración, con motivo de un procedimiento de contratación, aspectos sociales que guarden relación con los productos o prestaciones solicitados, especialmente al definir las especificaciones técnicas y los criterios de selección. La expresión aspectos sociales engloba acepciones y ámbitos muy diversos. Puede remitir tanto a las medidas por las que se garantiza el respeto de los derechos fundamentales y abarca también las cláusulas preferentes, por ejemplo, para la reinserción de las personas desfavorecidas o excluidas del mercado de trabajo, o las actuaciones o discriminaciones positivas de cara a la lucha contra el desempleo o la exclusión social** ".

- El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece en su Disposición Adicional Octava un **criterio de preferencia** en la contratación pública a favor de las empresas que contraten a personas con discapacidad y **a favor de entidades de acción social sin ánimo de lucro**.

- En Navarra, la Orden Foral 26/2000, de 27 de marzo de 2000, indica en su apartado 2º lo siguiente: "Para la selección del adjudicatario se tendrán en cuenta los siguientes criterios: C) Cláusulas sociales: Un máximo de 3 puntos. **Se otorgarán tres puntos a aquellos licitadores** o empresas licitadoras **que** en el momento de acreditar su solvencia técnica **tengan en su plantilla**, con más de tres meses de antigüedad, a **un mínimo de un 2% de trabajadores** a jornada completa, o su equivalente en jornadas parciales, que se encuentren **integrados en programas de incorporación socio-laboral** o que habitualmente subcontraten servicios con centros y empresas cuyo objetivo principal sea la incorporación de los colectivos excluidos".

▸ El Decreto 213/1998 de 17 de diciembre de la Comunidad Autónoma de Madrid, establece cláusulas relativas a la estabilidad en el empleo de manera obligatoria en los Pliegos de condiciones: En la contratación de obras, servicios y suministros, se establecerá como criterio preferente la creación de empleo estable en la obra o servicio contratado ,valorando igualmente la estabilidad de la plantilla de la empresa concursante, de manera que se priorice a aquéllas con un peso mayoritario de trabajadores indefinidos. Por todos estos criterios, vinculados a la estabilidad en el empleo, los pliegos de condiciones incorporarán cláusulas de las que resulte una puntuación del 20 por 100 del total de la baremación.

▸ El 19 de julio de 2004 fue publicada en Cataluña la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas. En su sección segunda se modifica el artículo 35 de la Ley 31/2002 del 30 de diciembre, dando prioridad a las empresas de inserción para la contratación la Generalitat, indicando de manera literal: "Los departamentos, los organismos autónomos y las empresas públicas de la Generalitat tienen que reservar determinados contratos administrativos de obras, suministros o servicios a centros de inserción laboral de disminuidos, empresas de inserción sociolaboral, o a entidades sin ánimo de lucro que tengan como finalidad la integración laboral o social de personas con riesgo de exclusión social".

▸ En el año 2006 -fecha de redacción de este documento-, se encuentra tramitándose y en fase de enmiendas la adaptación de la normativa nacional de contratos a la Directiva Comunitaria 2004/18/CE, aunque no sabemos si quedará como texto definitivo, merece la pena citar la redacción provisional de Anteproyecto de Ley que reforma el Real Decreto 2/2000, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del Estado:

Artículo 102. Condiciones especiales de ejecución del contrato.
1. **Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato**, siempre que no sean discriminatorias y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. **Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial**, a **consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo**, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Artículo 134. Criterios de valoración de las ofertas.
1. **Para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios objetivos vinculados al objeto del contrato, tales como** la calidad, el precio y, en su caso, la fórmula de revisión del mismo, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, **características medioambientales o sociale**s, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. Cuando sólo se utilice un criterio, éste ha de ser, necesariamente, el del precio.

Disposición adicional sexta. Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad y con entidades sin ánimo de lucro.
2. Igualmente **se señalará la preferencia en la adjudicación de contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social**, reguladas en la Disposición Adicional Novena de la Ley 12/2001 de 9 de julio, valorándose el compromiso formal del licitador de contratar, no menos del 30% de sus puestos de trabajo a personas pertenecientes a los siguientes colectivos, cuya situación será acreditada por los servicios sociales públicos competentes.

▸ Y el borrador que reforma la Ley Foral 10/1998, de Contratos de Navarra, señala:

Artículo 9. Reserva de contratos a entidades de carácter social.
1. Las entidades sometidas a la Ley Foral podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a talleres protegidos o reservar su ejecución a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

2. Igualmente podrán ser beneficiarios de la reserva las empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social.

Artículo 49. Requerimientos de carácter social o medioambiental en la ejecución de los contratos.
1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incluir requerimientos pormenorizados de carácter social o medioambiental sobre el modo de ejecutar el contrato, tales como la recuperación o reutilización de los envases y embalajes o productos usados; la eficiencia energética de los productos o servicios; el suministro de productos en recipientes reutilizables; la recogida y reciclado de los desechos o de los productos usados a cargo del contratista; **la obligación de dar trabajo a desempleados de larga duración; la organización a cargo del contratista de actividades de formación para jóvenes y desempleados; la adopción de medidas de promoción de la igualdad de sexos, o de medidas de integración de los inmigrantes; la obligación de contratar para la ejecución del contrato a un número de personas discapacitadas superior al legalmente establecido y otros análogos.**

RESUMEN DE LEGISLACIÓN CON CLÁUSULAS SOCIALES

	Comunicación Interpretativa de la Comisión, de 15 de octubre de 2001	Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo, sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos	Anteproyecto del RD 2/2000, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del Estado	Borrador que reforma la Ley Foral 10/1998, de Contratos de Navarra	Otros
Criterio de ADMISIÓN **RESERVA DE MERCADO**	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.			Artículo 9. 1. Las entidades podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a empresas en el marco de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas. 2. Igualmente podrán ser beneficiarios de la reserva las empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social.	Ley 7/2004 de Cataluña, de Medidas Fiscales y Administrativas. "Los departamentos, los organismos autónomos y las empresas públicas de la Generalitat tienen que reservar determinados contratos administrativos de obras, suministros o servicios a centros de inserción laboral de disminuidos, empresas de inserción sociolaboral, o a entidades sin ánimo de lucro que tengan como finalidad la integración laboral o social de personas con riesgo de exclusión social".
Criterio de PUNTUACIÓN	Si por «criterios sociales» entendemos aquellos que permitan evaluar, por ejemplo, la calidad de un servicio destinado a personas desfavorecidas, podemos considerar que éstos son aceptables, dado que contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa a tenor de lo previsto en las Directivas.	Considerando Primero. La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular, la relativa a los criterios de adjudicación que clarifica las posibilidades con que cuentan las entidades adjudicadoras para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen a la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales.	Artículo 134. Criterios de valoración de las ofertas. 1. Para la valoración de las proposiciones deberá atenderse a criterios objetivos vinculados al objeto del contrato, tales como las características sociales o medioambientales.		Orden Foral 26/2000, de 27 de marzo de 2000, indica en su apartado 2º lo siguiente: "Para la selección del adjudicatario se tendrán en cuenta los siguientes criterios: C) Cláusulas sociales: Un máximo de 3 puntos. Se otorgarán tres puntos a aquellos licitadores o empresas licitadoras que en el momento de acreditar su solvencia técnica tengan en su plantilla, con más de tres meses de antigüedad, a un mínimo de un 2% de trabajadores a jornada completa, o su equivalente en jornadas parciales, que se encuentren integrados en programas de incorporación sociolaboral o que habitualmente subcontraten servicios con centros y empresas cuyo objetivo principal sea la incorporación de los colectivos excluidos".
OBLIGACIÓN en la EJECUCIÓN	Es ante todo en la fase de ejecución, cuando un contrato público puede constituir para los poderes adjudicadores un medio de fomentar la persecución de objetivos sociales. Estas cláusulas pueden englobar medidas en favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo.	Artículo 26. Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo	Artículo 102. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones en la ejecución del contrato, y podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, o combatir el paro.	Artículo 49. 1. Los pliegos de cláusulas podrán incluir requerimientos de carácter social como la obligación de dar trabajo a desempleados de larga duración; la adopción de medidas de promoción de la igualdad de sexos, o de medidas de integración de los inmigrantes; la obligación de contratar para la ejecución del contrato a un número de personas discapacitadas.	
Criterio de PREFERENCIA			Disposición adicional sexta. 2. Igualmente se señalará la preferencia en la adjudicación de contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social.	Artículo 51.3. Cuando por la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se produjera empate en la puntuación entre dos o más licitadores, éste se dirimirá atendiendo a los siguientes criterios, por este orden: existencia en la empresa de un porcentaje de trabajadores con discapacidad no inferior al 3%; disponer en la plantilla de la empresa de un número de trabajadores eventuales no superior al 10%; acreditación de la realización de buenas prácticas en materia de género.	

4. BREVES NOCIONES SOBRE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS

Procedimientos

Existen tres sistemas de adjudicación:

- **Procedimiento abierto**: toda empresa interesada que reúna los criterios establecidos previamente en el pliego de cláusulas administrativas, podrá tomar parte en la licitación.

- **Procedimiento restringido**: sólo pueden presentar proposiciones aquellas empresas seleccionadas expresamente por la Administración, previa solicitud de las mismas en base a los criterios objetivos establecidos por la entidad adjudicadora.

- **Procedimiento negociado**: la adjudicación recae en la empresa justificadamente elegida por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios. En el pliego de cláusulas administrativas se habrán determinado previamente los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación.

Como veremos las cláusulas sociales pueden implantarse indistintamente en lo procedimientos abierto, restringido y negociado.

Formas de Adjudicación

Tanto en el procedimiento abierto como el restringido pueden efectuarse mediante subasta o concurso.

- En la **subasta** la adjudicación del contrato recae sobre el licitador que oferte el precio más bajo.

- En el **concurso** la adjudicación se concede al licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, sin atender exclusivamente al precio de la misma.

El concurso admite la introducción de cláusulas sociales como criterio de admisión, de puntuación y de obligación. Respecto a la subasta hay quien manifiesta que por el hecho de regirse exclusivamente por el precio no admite la introducción de cláusulas sociales, pero en verdad sólo elimina la posibilidad de considerar un criterio de puntuación y bien pudieran establecerse como criterio de admisión con ciertos requisitos, y en todo caso como obligación de carácter social en la fase de ejecución del contrato, tal como establece la normativa vigente.

IV. GUÍA DE IMPLANTACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES

En este capítulo vamos a recorrer las sucesivas fases de un proceso de contratación pública, deteniéndonos allí donde es posible incorporar criterios sociales. Aunque alguna referencia resultará inevitable, prescindimos con intención del enfoque legal, al querer diferenciar esta parte metodológica del análisis jurídico en el que se sustenta cada posibilidad que ahora abordamos. Adviértase no obstante la complementariedad de esta guía con el capítulo siguiente, que aunque dirigido específicamente a letrados, juristas, secretarios o interventoras, debe tenerse muy en cuenta en cuanto a posibles salvaguardas y requisitos, lo que resultará sin duda necesario para avanzar en el diseño e implantación de cláusulas sociales.

1. CUESTIONES PREVIAS

Una buena política de cláusulas sociales no debe hacerse de manera automática ni es suficiente con cortar y pegar un texto en el Pliego de Condiciones de una licitación. Por el contrario proponemos un análisis riguroso del objetivo propuesto, las capacidades reales, el respaldo político, los obstáculos técnicos y los recursos disponibles, todo lo cual determinará la estrategia y la tipología de cláusulas que podremos desarrollar. Por ello aconsejamos previamente formularse las siguientes cuestiones:

1.1. DEFINIR EL PERFIL DE LAS PERSONAS A CONTRATAR

Al promover un programa de cláusulas sociales debemos definir previamente cuál es el perfil personal y profesional de las personas beneficiarias, un recurso válido para unas puede no serlo para otras. El acceso al mercado laboral supone la culminación de un proceso previo sobre otros factores (personales, sociales, formativos o laborales), así que en la contratación de personas en riesgo de exclusión es preciso conocer sus capacidades y la fase del itinerario en que se encuentran, lo que entre otras cuestiones determinará la intervención y apoyo necesarios.

En primer lugar debemos definir el colectivo y las características de las personas cuya inserción laboral se va a procurar, algo necesario para determinar si solamente precisan de una oportunidad laboral, o además hay que disponer de personal técnico que apoye su proceso de inserción, en cuyo caso deberemos asegurarnos de que se comprometan recursos presupuestarios y humanos para el caso concreto.

Se deduce de ello que si no disponemos de dispositivos de apoyo deberemos optar por un perfil de empleabilidad elevado y personas en la última fase de su itinerario o personas sin oportunidades de empleo pero capacitadas para desenvolverse en el mismo. Proporcionar un empleo inadecuado al perfil de empleabilidad nos llevaría sin duda a dificultades para el desempeño y conservación del puesto de trabajo, además de que abocaríamos el recurso al fracaso puesto que las empresas cuyo objeto social y finalidad no sea la inserción laboral, se opondrían a su contratación.

Igualmente debemos constatar que existe un número suficiente de personas con el perfil que vamos a promover, evitando con ello que fracase su implantación en la fase de selección de trabajadores y trabajadoras.

Analizando las experiencias habidas encontramos aplicaciones de cláusulas sociales que se dirigen hacia colectivos determinados (inmigrantes, mujeres, ex-reclusos/as, minorías étnicas, desempleados de larga duración, etcétera), objetivo al que puede llegarse tras analizar la población desempleada del territorio, evidenciar la reiteración de un perfil determinado y constatar la especial prioridad de atajar su cronificación en la situación de desempleo.

En consecuencia, del perfil y número de las personas a contratar, de la cualificación requerida y de la necesidad de apoyos complementarios a la incorporación laboral, se derivan diferentes características que deben preverse.



1.2. ¿EMPRESA DE INSERCIÓN O INSERCIÓN EN EMPRESA ORDINARIA?

Las cláusulas sociales pueden plantearse con el objetivo de primar a las empresas de inserción, pero también dirigirse a que las empresas ordinarias y con ánimo de lucro resulten adjudicatarias del contrato y sean quienes deban contratar a personas en situación o riesgo de exclusión social.

Como detallaremos, **la cláusula social puede introducirse en la fase de admisión** (contratando sólo con empresas de inserción), **en fase de puntuación** (favoreciendo a las empresas de inserción pero no excluyendo a las demás), **o como criterio de obligación** (en igualdad de condiciones para empresas ordinarias y de inserción).

Por ello, todas las experiencias de cláusulas sociales se plantean previamente esta cuestión, y de la elección o no por beneficiar a las empresas de inserción se derivan diferencias en los programas y en sus características de implementación. Optar por favorecer a las empresas de inserción depende de varios factores, entre otros:

- La primera y de perogrullo es **la existencia en el territorio de empresas de inserción.** No basta con que existan, sino que es preciso identificar cuáles y cuántas son, concretar sus sectores de actividad, los bienes que producen, el tipo de obras que ejecutan o los servicios que prestan. Se aconseja recopilar un listado exhaustivo con esta información que pueda ser consultada por los servicios de contratación y los poderes adjudicadores. Así ocurre en Cataluña donde al existir un 20% de mercado reservado a través del contrato menor y negociado para las empresas de inserción, el personal técnico consulta una dirección web [21] que facilita la elección de licitadores y así propicia su contratación. En la Comunidad Autónoma Vasca pudiera servir el directorio existente [22].

Se adjunta un cuadro con las direcciones de las agrupaciones de empresas de inserción que cuentan con páginas web

Federación Española de Empresas de Inserción(FEDEI)	www.fedei.org
AIRES (Asociación Intersectorial de Recuperadors i Empreses Socials de Catalunya).	www.aires.net
AMEI (Asociación Madrileña de Entidades y Empresas de Inserción)	www.ameei.org
AREI (Asociación Aragonesa de Empresas de Inserción)	www.areinet.org
FECLEI (Federación Castellano Leonesa de Empresas de Inserción)	www.feclei.org
RED ANAGOS (Red Canaria de Entidades de Promoción e Inserción)	www.redanagos.org
ACEI (Associació Coordinadora Catalana d'Empreses d'Inserció	www.acei-cat.org
EidA (Asociación de Empresas de Inserción de Andalucía)	www.eida-andalucia.com
Red Europea de Empresas de Inserción (ENSIE)	www.ensie.org

21- Ver: http://comprasocial.net
22- Ver http://enpresasoziala.org

Algunas experiencias de catálogos y web para la comercialización social

DESMÁRCATE www.desmarcate.org	Desmárcate, es la Marca Social promovida por AMEI (Asociación Madrileña de Entidades y Empresas de Inserción))
CONTRASTE UN ESPACIO DE COMERCIO RESPONSABLE www.iuna.org/contraste.org	Contraste es un espacio de promoción del comercio responsable, promovido por IUNA-Nova Terra, entidad promotora de empresas de inserción de Valencia
comprasocial.net www.comprasocial.net	Compra Social es un portal de Internet promovido por la Fundació Un Sol Món (Caixa de Catalunya)

Igualmente destacamos marcas específicas que distinguen productos y empresas agrupados bajo criterios de economía solidaria y/o consumo responsable como ejemplo de referencia.

En el caso de que existan empresas de inserción y puedan ejecutar debidamente el contrato podremos optar por utilizar un criterio de admisión o uno de puntuación. Pero si no existen o no están capacitadas las entidades de inserción debe dirigirse la contratación a las empresas ordinarias y utilizar el criterio de obligación.

- Determinante será también **la propia voluntad política**, que puede optar o no por establecer un principio de acción positiva hacia las empresas de inserción. En ocasiones el sector empresarial puede influir en esta elección y es necesario conocer cuál es la postura de los poderes adjudicadores. Obviamente se puede establecer una estrategia convincente que influya y facilite la decisión.

- Debe considerarse **el nivel de empleabilidad de las personas a contratar,** si el grado de exclusión es elevado el recurso adecuado será una empresa de inserción, puesto que una empresa ordinaria carecerá de la experiencia y capacidad para prestar el apoyo y acompañamiento requerido. Esta cuestión deberá reflejarse como criterio de solvencia técnica y en la práctica permitirá participar en la licitación sólo a empresas de inserción. Así, las experiencias de cláusulas sociales con empresas mercantiles ordinarias se dirigen a la contratación de personas con mayor nivel de empleabilidad y menor factor de exclusión, por el contrario si la licitación se dirige a primar o seleccionar empresas de inserción el grado de exclusión podrá ser más acusado puesto que se cuenta con experiencia y recursos específicos de acompañamiento social.

- La misma conclusión se deriva de que **el número o porcentaje de personas de inserción** a contratar sea significativo, o que se obligue a ejecutar un proyecto complementario de inserción sociolaboral, en cuyos casos valga el argumento anterior y sólo las empresas de inserción estarán capacitadas para ejecutar correctamente el contrato, pudiendo limitarse a ellas la contratación y utilizar un criterio de admisión.

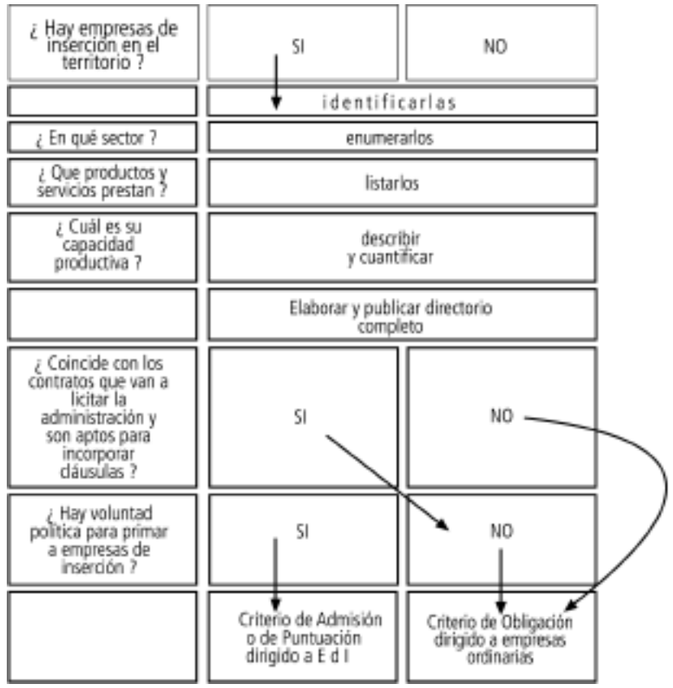
- Habrá que tener en cuenta **la existencia de dispositivos de inserción** que faciliten la aplicación de la cláusula social. Es decir, si también pueden resultar adjudicatarias empresas ordinarias, deberemos prever la realización de alguna o algunas de las siguientes tareas: diseño y ejecución de un proyecto de inserción sociolaboral, preselección de personal, gestión de bajas y sustituciones, acompañamiento, o realización de informes y evaluación. Respecto a esta cuestión hay que contemplar diferentes posibilidades:

  - Pudiera establecerse la obligación para la empresa ordinaria adjudicataria de subcontratar estas funciones con una entidad de inserción, pero tengamos en cuenta el sobrecoste, lo que pudiera provocar la oposición de los contratistas y tal vez influir en la oferta económica de la puja.

  - La administración puede adscribir sus propios recursos sociales o de empleo al programa.

  - Que exista una entidad dedicada a la inserción sociolaboral que con sus propios medios se haga cargo de estas funciones en cumplimiento de sus fines y objetivos, o bien se formalice un convenio con una entidad social.

Si no se da ninguno de los supuestos anteriores, no será posible adjudicar a una empresa ordinaria puesto que no podrá realizar una inserción adecuada a las personas en situación de exclusión, por lo tanto se deberá contratar exclusivamente con una empresa de inserción, la cual al contar con la experiencia y personal necesario será capaz de ejecutar correctamente el contrato.



Conclusiones

- Según el perfil de las personas a contratar y su grado de empleabilidad, la existencia de dispositivos de apoyo, y el peso que la inserción sociolaboral tiene en el contenido del contrato dependerá que podamos restringir la licitación a empresas de inserción.

- **Si queremos** contratar únicamente con empresas de inserción, deberemos utilizar un criterio de admisión mediante la exigencia de solvencia técnica específica, que de hecho limite la participación únicamente a estas o bien utilizar el contrato menor y el procedimiento negociado.

- **Si queremos** primar o puntuar a aquellas empresas que se comprometen a contratar a personas en situación o riesgo de exclusión social pero sin excluir a las empresas ordinarias utilizaremos el criterio de valoración.

- **Si deseamos** en todo caso que la empresa adjudicataria contrate a personas en situación de exclusión, o deseamos involucrar a las mercantiles con ánimo de lucro en el objetivo de la inserción y fomentar la RSC, emplearemos el criterio de obligación, siempre teniendo en cuenta el perfil de las personas a contratar y la existencia de dispositivos de apoyo.

1.3. ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

¿En qué contratos podemos introducir criterios sociales? Siguiendo con las piezas que conforman el puzzle, deberemos analizar y si es posible inventariar -dependiendo del volumen- los contratos licitados por la Administración Pública correspondiente y su idoneidad para implantar cláusulas sociales.

23-Puede examinarse con mayor detalle en el capítulo de Evaluación de Experiencias.
24-Véase con detalle ambos sistemas, protocolos y resultados en el Apartado de Evaluación de Experiencias

Análisis puntual de contratos

Este análisis puede ser más sencillo cuando los esfuerzos se dirijan a la obtención de un contrato determinado, por ejemplo si hubiera una empresa de inserción dedicada a mantenimiento de jardines y un Ayuntamiento piensa licitar el contrato de conservación de zonas verdes municipales, en cuyo caso bastará con establecer la inclusión de cláusulas sociales en esa concreta adjudicación. Citemos algunas experiencias:

- El caso del Ayuntamiento de Getxo y la Ciclomensajería Oraintxe: se trataba de una empresa de inserción que quería implantarse en la localidad, y para ello propuso al Ayuntamiento la inclusión de cláusulas sociales en la adjudicación de los servicios de mensajería con el objetivo de obtener así carga de trabajo y facilitar su actividad. El Ayuntamiento sacó a concurso el "contrato para la ocupación de personas desempleadas con dificultades para el acceso al mundo laboral o que se encuentren en situación de riesgo de exclusión, para la prestación del servicio de mensajería", qué recayó en la citada entidad.

- Otro ejemplo es la del contrato del Servicio de Atención a Domicilio del Ayuntamiento de Pamplona [23], para cuya adjudicación mediante una decisión política y en colaboración con los servicios sociales, se optó con la debida antelación por establecer una colaboración con una entidad dedicada a la inserción sociolaboral que fuese constituyendo una empresa y capacitando a las trabajadoras, con el objetivo de presentarse en su momento a la licitación. Fundación Gaztelan-Miluce resultó finalmente adjudicataria.

- Otro caso de análisis específico se presenta cuando se ha elegido un sector de actividad concreto, en este caso el de obras. Así, los Ayuntamientos de Sant Boi de Llobregat y Girona [24], analizan con carácter previo al ejercicio anual las obras que se van a licitar y cuáles de ellas por volumen presupuestario, así como por el número y tipología de puestos de trabajo que van a generar serán aptas para incorporar cláusulas sociales. Partiendo de estos datos se desarrolla el protocolo que establecerá la reserva de puestos de trabajo para personas con dificultades de acceso al empleo en la adjudicación de cada contrato.

- Además existen experiencias de cláusulas sociales que al prever anticipadamente la adjudicación de un determinado contrato, permiten a los servicios sociales o a entidades de inserción el diseñar e impartir programas de formación adaptados para capacitar a un número de personas y mejorar su empleabilidad e incluso realizar prácticas laborales y que puedan posteriormente formar parte de la plantilla, sea en empresa ordinaria o de inserción, sea voluntariamente elegidas por estas o como criterio de obligación.

Análisis global de los contratos

Analizar los contratos con carácter general requiere más esfuerzo y la colaboración del personal técnico de la Administración Pública, pero los resultados son sin duda más significativos. Aquí, con la colaboración del organismo y las personas responsables de contratación, la tarea consiste en documentar el número, importe, objeto contractual, sector de actividad y sistema de adjudicación de los contratos que se van a licitar en el ejercicio y analizar cuáles serían susceptibles de ser ejecutados por empresas de inserción, y cuáles adecuados para incorporar una cláusula que conlleve la contratación de un número o porcentaje de personas en situación de exclusión.

Podemos destacar al respecto la reserva de mercado establecida en Cataluña mediante la Ley 7/2004, de 16 de julio, que establece (imperativamente) que cada departamento, organismo autónomo, o empresa pública de la Generalitat debe analizar el número e importe de los contratos adjudicados en el ejercicio anterior mediante el contrato menor y el procedimiento negociado, y establecer una reserva de hasta el 20% a favor de las empresas de inserción. Esta reserva se encuentra expresamente regulada por la Directiva 2004/18/CE y también ha sido incluida en el borrador de la nueva Ley Foral de Contratos de Navarra, por lo que cualquier administración o entidad local puede llevar a cabo la misma.

Una vez seleccionado un contrato, debemos analizarlo, cuantificando y desglosando el número y categoría de los puestos de trabajo que su ejecución o prestación va a generar. Es decir, si precisa tres puestos de ingenieros no nos servirá, pero si son dos oficiales y tres puestos de peonaje será un contrato válido para proporcionar oportunidades de inserción sociolaboral.

En otras ocasiones, según el importe económico de la adjudicación no se generarán directamente nuevos puestos de trabajo, pero la contratación podrá ayudar a la consolidación de los existentes o de las propias empresas de inserción.

El tiempo de ejecución de las obras o servicios también posee importancia puesto que determina el periodo de contratación de los y las trabajadoras. Aquí la experiencia aconseja un tiempo mínimo de seis meses, necesario para adaptarse a un puesto, adquirir experiencia profesional, capacitar a la persona, realizar un acompañamiento adecuado y mejorar las posibilidades de acceso al empleo normalizado y sin apoyos.

1.4. EL SECTOR DE ACTIVIDAD

La elección del sector de actividad revista interés por su aptitud para incorporar cláusulas sociales, es evidente que no todos son susceptibles de generar empleo de inserción, por lo que generalmente acudiremos a sectores intensivos en mano de obra y poco cualificados (o que algunos de los puestos de trabajo lo sean).

No es casualidad que en la Ley 7/2004, de la Generalitat catalana antes citada se señale que los contratos susceptibles de reserva son las obras y servicios de conservación y mantenimiento de bienes inmuebles, los servicios de mensajería, correspondencia y distribución, de artes gráficas, de limpieza y lavandería, de restauración y de recogida y transporte de residuos, y los servicios y suministros auxiliares para el funcionamiento de la Administración. No obstante también se señala que los órganos de contratación pueden ampliar la reserva a otros objetos contractuales, por lo que puede realizarse sobre cualquier contrato y sector de actividad.

No podemos realizar un análisis sobre la totalidad de sectores de actividad y su capacidad para generar puestos de trabajo adecuados para personas en situación o riesgo de exclusión social, pero sí ofrecer algunas recomendaciones:

- Tengamos en cuenta en primer lugar el volumen de contratación. Los datos [25] reflejan que los contratos de obras suponen el 59% del presupuesto adjudicado por las Administraciones Públicas, el 22% los contratos de servicios y 19% los contratos de suministros.

- No sólo debemos considerar el sector de actividad sino evaluar la categoría y cualificación necesaria para el desempeño de los puestos de trabajo que el contrato generará. Para ello es necesaria la figura de un técnico que analice el proyecto, detalle las características de la obra a ejecutar o el servicio a prestar, y determine en las prescripciones técnicas el número de contrataciones laborales que su ejecución precisará, siempre que resulten adecuadas para personas en fase de inserción sociolaboral.

- La mayoría de programas de cláusulas sociales operan en el sector de obras, por un factor cuantitativo (el volumen de contratación) y además cualitativo (genera puestos en distintas categorías profesionales, permite la formación previa y facilita la posterior inserción laboral debido a la demanda existente del sector). No obstante reviste el problema del enfoque de género y en ocasiones ciertas exigencias físicas que no todas las personas poseen.

- Tanto ADIGSA como el Ayuntamiento de Girona, manifiestan que están analizando la incorporación de cláusulas sociales en los contratos de servicios.

- Una dificultad a considerar en el caso de los servicios se refiere a la obligación de subrogar a los y las trabajadoras que ya están prestando el mismo, algo habitual en los convenios sectoriales, por lo que en consecuencia no podremos establecer obligaciones de contratación o reserva de puestos.

- Son los contratos de obras y servicios donde se da la mejor oportunidad de integrar aspectos sociales, ya que el proyecto o las especificaciones técnicas pueden exigir un modo concreto de ejecutar las obras o prestar el servicio con determinados criterios sociales u obligando a la contratación de personas en situación o riesgo de exclusión social.

25-"Evolución de la contratación pública por tipos de contrato". Fuente: Registro Público de Contratos. Ministerio de Hacienda. Las cifras de servicios incluyen los contratos de consultoría y asistencia.

- Por el contrario en los contratos de suministros, las posibilidades de introducir requisitos sociales disminuyen, puesto que lo que se contrata es la adquisición de un producto ya terminado en cuyos procesos de producción no ha habido posibilidad de influir, por ello resulta más problemático exigir criterios sociales en el proceso de producción. Diversa jurisprudencia indica que sólo pueden valorarse las cualidades intrínsecas del producto, no obstante también existen posibilidades y casuística que luego analizaremos, especialmente relacionadas con la definición y características del producto que se desea adquirir.

- La perspectiva de género posee una considerable relación con el sector de actividad a contratar, debido a la división sexual existente en algunos sectores productivos. Por ello, es preciso analizar el perfil de empleabilidad de las mujeres y hombres cuya incorporación laboral se desea promover, y concluir si el contrato va a generar puestos adecuados para ser cubiertos por unos, otras o ambos.

CLÁUSULAS SOCIALES

ESQUEMA DE FICHA PARA FACILITAR EL ANÁLISIS DE CONTRATOS Y EL SECTOR DE ACTIVIDAD: AYUNTAMIENTO DE (o Departamento, organismo autónomo, empresa pública)

	FORMA DE ADJUDICACIÓN (Indicar debajo ell importe en euros)				FECHA PROBABLE LICITACIÓN O FIN DEL CONTRATO	GENERA PUESTOS DE INSERCIÓN	¿ HAY EMPRESAS DE INSERCIÓN CAPACITADAS ?	POSIBLE CLÁUSULA SOCIAL
	Contrato Menor	Proced. Negociado	Subasta	Concurso Abierto				
Obra de rebaje de aceras	28.000				Abril 2006	si	si	si
Servicio de lavandería		25.000			Febrero 2006	si	no	si
Servicio de mensajería	11.000					si	si	si
Servicio de atención a domicilio				150.000	2010	si	no	si
Servicio de jardinería						si	si	si
Sevicio de recogida de residuos solidos			300.000		Junio 2006	si	si	si
Obra construcción polideportiva				900.000		si	si	si
Suministro de lotes navideños	9.000				Noviembre 2006	si	si	si
Servicio de limpieza de edificios municipales				120.000	2007	si	no	no
Servicio de catering para actos municipales		18.000				si	no	si
Suministro de premarcos de carpintería						no	no	no
Consultoría de estudio turístico		60.000				no	no	no
Otros								
TOTAL	48.000	33.000		1.170.000				

EL/LA SECRETARIO/A DE LA JUNTA DE CONTRATACIÓN:

FIRMA

1.5. OBSTÁCULOS Y APOYOS. AGENTES CLAVE

Los objetivos que debemos plantearnos con las cláusulas sociales deben ser razonables en sus inicios, constantes en su desarrollo y ambiciosos en su alcance. Seamos conscientes de que encontraremos trabas y apoyos, al igual que detractores y partidarios. Aparece como una constante en la implantación de cláusulas sociales la interacción entre tres diferentes ámbitos: agentes de empleo e inserción, técnicos y técnicas (jurídicos y de contratación) y cargos públicos.

- La figura del responsable político es fundamental en la introducción de cláusulas sociales, debiendo adoptar decisiones concretas: solicitar un informe jurídico, aprobar un acuerdo favorable a su inclusión, solicitar a los servicios sociales el diseño y despliegue de la estrategia más adecuada, consignar presupuestos, recabar datos de los servicios de contratación y establecer un apoyo firme al proceso.

- Los responsables de compras y contratación deben participar en el análisis de los contratos, determinar el sector de actividad, su volumen y características, prever su licitación, redactar condicionados que especifiquen sus características técnicas, valorar las ofertas y homologar la adecuación del producto, servicio u obra conforme a lo requerido. Una cuestión a considerar reside en que la implantación de cláusulas sociales no suponga un añadido en su carga de trabajo y facilitar su labor por medio de directorios de empresas y productos. Podemos argumentar al respecto que la adopción de procedimientos de más sencilla tramitación como el contrato menor o el negociado suponen un alivio burocrático, así lo manifiestan por ejemplo con la reserva de mercado existente en Cataluña.

- Los servicios jurídicos deben validar la legalidad del proceso y en ocasiones muestran una actitud reticente a la inclusión de cláusulas sociales, por fortuna la aprobación de la Directiva 2004/18/CE y el anteproyecto de reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del Estado, reconocen sin ambages la legalidad de considerar la contratación de personas y colectivos desfavorecidos en distintas fases de la contratación. Aconsejamos referir y poner a su disposición los anexos de esta publicación, que recogen la legislación de cláusulas sociales, jurisprudencia específica, dictámenes jurídicos y experiencias habidas.

- Los servicios sociales, los dispositivos de empleo y las entidades y empresas de inserción -por supuesto- deben jugar un papel clave de impulso, formulación y coordinación en la implantación de cláusulas sociales.

Transformar la inercia administrativa puede no resultar fácil, por ello la estrategia debe establecerse pautadamente, el concepto clave es de "proceso", partiendo de lo sencillo hacia lo complejo, estableciendo actuaciones modestas al principio -creíbles y prudentes- pero con posibilidad de ser reproducidas y extendidas. Igualmente deberemos basarnos en la seguridad jurídica sin plantear una visión excesivamente innovadora.

El análisis de experiencias que aquí aportamos, los materiales protocolizados, las buenas prácticas y recomendaciones pueden servirnos en esta primera fase. No perdamos de vista que es importante comunicar y coordinar a las distintas áreas sobre los avances que se vayan consiguiendo y hacer que los logros formen parte de todas las personas y departamentos participantes.

Las cláusulas sociales pueden suscitar oposición, ser simplemente toleradas, o bien suscitar una verdadera identificación, para logarlo es importante que transmitamos cuál es su fin, que sensibilicemos respecto a la exclusión social y la inserción laboral, e iniciado el proceso que compartamos el resultado palpable que su adopción supone en la mejora de las condiciones de vida de las personas y en la promoción de la cohesión social.

1.6. ESTRATEGIAS Y POSIBLES PASOS A SEGUIR

1. Procurar una alianza amplia de sectores proclives: dispositivos de empleo, servicios sociales y entidades de inserción que muestren su decidido apoyo, sirviendo como plataforma e impulso de su implantación.

2. Conocer la situación de partida y las posibilidades del propio territorio. Manejar y aportar materiales pertinentes, conocer buenas prácticas y avanzar sobre experiencias reales que abran la primera puerta. Elaboración inicial de un documento base que en términos generales explique conceptos básicos y esboce posibilidades.

3. Obtener un compromiso político inicial para realizar un análisis exhaustivo.

4. Encargo y elaboración de un informe o un visto bueno jurídico.

5. Análisis de los contratos, los sectores de actividad y las posibilidades de introducir cláusulas sociales en licitaciones concretas.

6. Análisis de las empresas de inserción del territorio, el tipo de contratos que pueden ejecutar (obras, servicios, suministros), así como el catálogo de productos y servicios que ofrecen.

7. Análisis de los perfiles de empleabilidad y de las necesidades y posibilidades de inserción de las personas y colectivos potencialmente beneficiarios.

8. Disponiendo de esta información, dilucidaremos si disponemos de capacidad suficiente para seguir adelante y diseñaremos una estrategia adaptada.

9. Obtención de un acuerdo político favorable que apruebe la estrategia diseñada y ordene su puesta en marcha a nivel técnico y presupuestario.

10. Implantación concreta en un área o en todas, sea un programa piloto, una licitación concreta o una reserva de mercado.

11. Evaluación continua de resultados y comunicación permanente de nuestros objetivos, acciones y logros.

12. Si hemos comenzado tan sólo con la adjudicación de unos pocos productos, obras o servicios, podremos ir gradualmente extendiendo las cláusulas a otros sectores de actividad, áreas administrativas y enfocando nuestra sistematización hacia un mayor impacto con contratos de mayor volumen económico.

2. FASES DE LA CONTRATACIÓN

1. Fase preparatoria

- Aprobación inicial de la instrucción del expediente.
- Elaboración del expediente de contratación.
  - **-Determinación del objeto del contrato.**
  - -Fijación del presupuesto y el plazo de ejecución de las obras.
  - -Redacción del proyecto de obra si procede.
  - -Elección del procedimiento y la forma de adjudicación.
  - **-Redacción del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y redacción de las Prescripciones Técnicas Particulares.**
  - **-Selección de los criterios de adjudicación.**
  - -Fiscalización previa y acreditación de crédito presupuestario
  - -Nombramiento de la Mesa o el órgano de contratación.
- Aprobación del expediente.
- Publicación oficial, en prensa o invitaciones a licitadores.

2. Fase de selección del contratista y de adjudicación del contrato.

- Redacción y presentación de proposiciones por los licitadores.
  - Documentación acreditativa de la capacidad técnica y financiera.
  - Propuesta Técnica.
  - Propuesta Económica.
- Fianza provisional
- Apertura de las proposiciones en acto público.
- **Evaluación de la capacidad técnica y admisión de los licitadores.**
- **Evaluación de las propuestas técnicas, previos informes técnicos.**
- Evaluación de la propuesta económica.
- Propuesta de adjudicación por la Mesa o el órgano de Contratación.
- Adjudicación por el órgano competente.
- Publicación en Boletín Oficial si procede.
- Formalización del contrato y establecimiento de garantía definitiva.

3. Ejecución del contrato.

- **Cumplimiento de obligaciones establecidas en las cláusulas administrativas y las prescripciones técnicas.**
- Abono y en su caso revisión de precios.
- Dirección y supervisión. Certificaciones o informes.
- Fin de la prestación. Recepción de las obras en su caso.
- Terminación del contrato. Retirada de la fianza.

Para analizar las posibilidades efectivas de implantar cláusulas sociales tenemos que referirnos a las fases concretas del proceso de licitación pública en que es posible introducirlas, y que son los siguientes:

1. La definición del objeto del contrato y la justificación en el expediente.
2. La redacción de los pliegos de condiciones, las cláusulas administrativas y las prescripciones técnicas particulares.
3. La selección de contratistas que pueden participar en la licitación.
4. Los criterios de adjudicación que regirán la valoración de las ofertas presentadas.
5. Las obligaciones de ejecución impuestas al adjudicatario del contrato.

2.1. DEFINICIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO

Uno de los requisitos necesarios en un contrato administrativo consiste en determinar el objeto del contrato, lo que significa indicar de modo claro qué es lo que se va a contratar. Según el artículo 13 del TRLCAP [26], el objeto de contrato consiste simplemente en la descripción –con mayor o menor concisión- del suministro, servicio, obra o asistencia técnica que se desea contratar.

La pregunta es si una administración puede contratar la ejecución de un proyecto de inserción sociolaboral, o la prestación de un servicio de jardinería (por ejemplo) que conlleve la incorporación laboral de un determinado número de trabajadores entre los que se contratarán para prestar el servicio. La respuesta es que sí, ya que la Administración puede concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público ni al ordenamiento jurídico y goza de amplia libertad a la hora de definir el objeto del contrato.

Si había alguna duda lo indica con total claridad la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria y las posibilidades de integrar aspectos sociales en los contratos públicos, y así lo detallamos en el capítulo de cuestiones jurídicas complementarias.

26-Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Está claro que se puede, pero es necesario definir correctamente el objeto del contrato, establecer la referencia a la inserción laboral e indicarlo en los anuncios de licitación, así desde ese momento las empresas interesadas conocen que el contrato conlleva un contenido referido a inserción laboral.

No es aconsejable redactar escuetamente que el objeto del contrato es la prestación del servicio de mensajería o la ejecución de unas obras. Para mejor compresión citemos algunos ejemplos sobre cómo definir el objeto del contrato si queremos incluir cláusulas sociales:

Es objeto del contrato **"la ocupación de personas desempleadas con dificultades para el acceso al mundo laboral o que se encuentren en situación de riesgo de exclusión, para la prestación del servicio de mensajería" .** Ayuntamiento de Getxo.

Supone el objeto del presente contrato "**la selección del proyecto de inserción laboral incorporado a la contratación de obras en el Barrio de Camps Blancs, dirigido a colectivos vulnerables en situación de desventaja en el mercado laboral**" . Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat.

En ambos casos se contrata una obra o servicio y además la ocupación de personas con dificultades de acceso al empleo. Quizá la redacción parezca enrevesada, pero así debe hacerse, al incluir en el título y el objeto del contrato la referencia a la inserción laboral, se permite rápidamente identificar su naturaleza y características.

Valga recalcar la importancia que la definición del objeto del contrato posee respecto a la inclusión de cláusulas sociales, ya que puede determinar su posterior validez jurídica. Muy especialmente si establecemos un criterio de admisión o de puntuación, pudieran ser invalidables si no guardan relación con el objeto del contrato, se trata de un aspecto clave y reiterado por la jurisprudencia. Es de sentido común, si una administración aprueba la contratación "del suministro de bolígrafos" no puede exigir experiencia en la fabricación de sombrillas de playa, y si señala que va a contratar "la instalación del alumbrado público" podrá puntuar u obligar respecto al ahorro energético de las farolas, pero no que la empresa construya su oficina central con criterios bioclimáticos, puesto que estas consideraciones no guardan ninguna relación con el objeto del contrato establecido.

El Uso de Variantes

Además de la posibilidad señalada, en que la inserción sociolaboral es inherente al propio contrato y por tanto debe ineludiblemente prestarse, existe otra que tendría carácter voluntario, ya que la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea indica que "**El poder adjudicador puede incluso recurrir al uso de variantes consignando en el pliego definiciones alternativas del objeto del contrato**". Esto significa que la incorporación laboral no tendría carácter obligatorio pero sí se admitiría tal posibilidad, pongamos un ejemplo:

Adjudicación del servicio de limpieza de los edificios municipales, admitiéndose variantes relativas a la contratación de personas y colectivos desfavorecidos del mercado laboral.

Este recurso al uso de variantes se traduce en que el objeto principal del contrato es la limpieza, pero se abre la puerta con carácter voluntario a que las empresas licitadoras presenten variantes o mejoras referidas a la contratación de personas con dificultades de acceso al empleo, lo que será posteriormente valorado conforme a los criterios de adjudicación que se establezcan.

En el capítulo de pliegos aprobados, puede verse en la licitación de la Universidad Autónoma de Barcelona para la adjudicación de las máquinas de bebidas en el apartado del objeto del contrato que: "Los licitadores podrán realizar las variantes y alternativas que crean convenientes".

La Justificación en el Expediente

Citábamos que "el objeto de los contratos y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente de contratación", por esta razón es conveniente añadir una garantía de validez al proceso de introducción de cláusulas, consistente en justificar en el expediente la referencia a la inserción sociolaboral. Se trata simplemente de explicitar en unas líneas el porqué una administración pública considera que la contratación de personas en situación o riesgo de exclusión social es algo que debe considerarse como objeto principal o accesorio del contrato.

Redacciones caben muchas y aconsejamos incluirla en el Pliego de Condiciones, no es preciso extenderse, indicamos una a modo de ejemplo utilizada por el Ayuntamiento de Las Gabias:

> "Constituye el objeto de este contrato el establecimiento de las estipulaciones económico administrativas con arreglo a las cuales ha de efectuarse la concesión de la contratación del servicio de limpieza de los edificios municipales, que posteriormente se relacionan.
>
> La finalidad del contrato se enmarca dentro de la política de fomento del empleo que deben adoptar los poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 de la Constitución.
>
> Es, por tanto, manifiesta la voluntad de utilizar la contratación pública con el propósito de apoyar los procesos de inserción sociolaboral de las personas con mayores dificultades de acceso al mercado laboral normalizado por encontrarse en situación o riesgo de exclusión social.
>
> Las cláusulas sociales priorizan las rentabilidad social, demostrando su compatibilidad económica y permitiendo a la vez, avanzar desde la subsidiaridad actual del sector económico (lucrativo o no) hacia una corresponsabilidad entre administraciones públicas, agentes sociales, empresas privadas, entidades de acción social y empresas de inserción".

2.2. ESPECIFICACIONES O PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

La elección del objeto del contrato realizada por los poderes adjudicadores se traduce a continuación en una serie de especificaciones que comportan la elección pormenorizada de los requisitos técnicos exigidos, y que se harán constar en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Estas prescripciones técnicas definen las características requeridas del material, producto, servicio o suministro, así como concretas formas de producción o ejecución, y permiten concretarlos hasta el detalle, de modo que satisfagan las exigencias establecidas por la administración adjudicadora.

Explicado de modo sencillo: al igual que un contrato de suministro de ordenadores puede establecer como requisito técnico que posean un disco duro de 60 gigas, también puede exigirse que la prestación de un servicio de lavandería se preste con una plantilla formada al menos en un 40% por personas con dificultades de acceso al empleo. Las especificaciones técnicas indican los requisitos a satisfacer, que deben ser claros y medibles, y el licitador debe comprometerse a ejecutar el contrato conforme a las prescripciones técnicas que se determinen.

Con el objetivo de evitar prácticas discriminatorias advierte la Directiva Europea y el TRLCAP: < Salvo que esté justificado por el objeto del contrato, no podrán incluirse en el pliego especificaciones técnicas que mencionen productos de una fabricación o procedencia determinada o procedimientos especiales que tengan por efecto favorecer o eliminar determinadas empresas o determinados productos.

Especialmente no se indicarán marcas, patentes o tipos, ni se aludirá a un origen o producción determinado. Sin embargo, cuando no exista posibilidad de definir el objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles, se admitirá tal indicación si se acompañan las palabras "o equivalente" >.

Este uso del término "equivalente" tiene importancia en nuestro objetivo y aunque podamos referirnos a empresas de inserción o inscritas en el Registro de Empresas de Inserción, es conveniente añadir: "o que reúnan las mismas o equivalentes características". Incluso si el objeto del contrato se ha descrito de manera genérica y sin alusiones a la inserción laboral, se pueden incluir criterios sociales en las especificaciones técnicas, ya que éstas representan requerimientos mínimos que han de cumplir todos los licitadores, referidas al uso de productos determinados procesos de producción, u obligaciones, incluidas las sociales.

Veamos algún ejemplo de especificaciones técnicas que podemos utilizar:

- Pueden incluirse en el apartado de medios humanos requeridos para la ejecución del contrato, ya que al igual que puede exigirse un técnico titulado en geotecnia para la ejecución de una obra, también puede referirse a la inserción laboral como el Ayuntamiento de Getxo:

  > "Teniendo en cuenta que es objeto del presente contrato, según lo reseñado en el párrafo segundo de la cláusula primera de este pliego, el facilitar el acceso laboral a personas en situación de riesgo de exclusión, se atenderá al número de personal contratado así como al plan de trabajo propuesto. **El personal contratado**, instalado en dicha situación, **deberá ser persona/s con convenio/s de inserción**, pero en cualquier caso, su situación particular no deberá impedir la adecuada prestación del servicio".

- También pueden referirse a las características de los productos y si en el caso que citamos se refiere a un modo de producción conforme a características de comercio justo, lo mismo cabría especificar respecto a las empresas de inserción:

  > **"Las máquinas de bebidas calientes utilizarán obligatoriamente el café denominado de Comercio Justo".** (Universidad Autónoma de Barcelona).

- En el caso de la reserva de puestos de trabajo para personas en situación o riesgo de exclusión social, se especifica:

  > **"La empresa que resulte adjudicataria, ha de reservar entre los puestos para la ejecución de la obra, como mínimo la contratación de dos trabajadores a jornada completa exclusivamente para la incorporación de trabajadores ofertados por el dispositivo de inserción sociolaboral del Ayuntamiento**. (Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat)".

- Y también puede determinarse en las especificaciones técnicas la ejecución de un proyecto de inserción laboral o cómo debe realizarse el itinerario de inserción:

  > **A los trabajadores seleccionados en función de la reserva de puestos de trabajo, se les efectuará un itinerario de inserción individual, así como el correspondiente seguimiento,** que deberá redactarlo y llevarlo a cabo una empresa colaboradora de inserción, inscrita en el Registro del Departamento de Trabajo e Industria de la Generalitat de Cataluña, mediante dispositivos de inserción o de otros agentes sociales. Los itinerarios de inserción deberán de contemplar como mínimo, las características de las personas, así como las tareas a desarrollar en la obra, a fin y efecto de mejorar su grado de ocupabilidad, las habilidades y su cualificación profesional. Periódicamente se enviará a Adigsa un informe del seguimiento y desenvolvimiento del itinerario de inserción, que será individual por cada uno de los puestos de trabajo objeto de reserva y al finalizar la obra se presentará un informe de evaluación final. (ADIGSA).

2.3. LA SELECCIÓN O ADMISIÓN DE CONTRATISTAS

Una vez definido el objeto del contrato y establecidos los requisitos y especificaciones técnicas, la siguiente fase contractual de interés para la introducción de cláusulas sociales es la de selección o admisión de los contratistas.
Dentro de las normas que regulan esta fase podemos distinguir dos tipos: las prohibiciones para contratar que impiden a una empresa participar en la licitación y en consecuencia resultar adjudicataria de un contrato público; y aquellas que regulan la solvencia financiera y técnica de los contratistas.

Las prohibiciones no resultan relevantes para nuestro objetivo, ni tampoco las relativas a solvencia financiera –que daremos por supuestas- así que nos centraremos en la solvencia técnica o profesional.

Exigencia de capacidad técnica

Valga indicar que en la dinámica del proceso de contratación, generalmente existe un "Sobre Primero" con el que se acredita la personalidad jurídica de la empresa, así como su solvencia financiera y técnica. Esta documentación es analizada por la Mesa de Contratación y declara o no capacitada a la empresa para participar en la licitación, a partir de ahí y con las empresas admitidas se procede a examinar y valorar la propuesta técnica y la oferta económica.

Establece la legislación que la solvencia técnica debe acreditarse mediante la aportación de determinada documentación, como por ejemplo: títulos académicos y experiencia del empresario, del personal de dirección de la empresa y del personal responsable de la ejecución del contrato; relación de las obras ejecutadas, servicios prestados o suministros efectuados en los últimos años; declaración sobre maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución del contrato; declaración sobre los efectivos personales medios anuales de la empresa; certificaciones establecidas por los institutos o servicios oficiales u homologados encargados del control de calidad; etcétera.

La cuestión se centra en si es sostenible jurídicamente seleccionar para participar en la licitación y por lo tanto acceder a la siguiente fase (la de valoración) exclusivamente a empresas de inserción. Veamos en qué casos y cómo.

La solvencia técnica supone un requisito *sine qua non* para participar en la licitación, y las empresas tienen la obligación de acreditar fehacientemente que cuentan con experiencia y capacidad para ejecutar debidamente el contrato conforme a las especificaciones técnicas requeridas.

La exigencia es lógica: si para construir una central térmica se requiere acreditar experiencia concreta y conocimiento en ese tipo de tecnología, resulta obvio que si el objeto del contrato y las especificaciones técnicas contemplan la contratación de colectivos desfavorecidos del mercado laboral, deberá requerirse y demostrarse experiencia y capacitación específicas en inserción laboral para prestar debidamente el contrato.

La posibilidad de utilizar la experiencia como criterio de capacidad técnica ha sido reconocida por el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, y meridiana resulta la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea, de 15 de octubre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, que en su apartado de integración de aspectos sociales al comprobar la capacidad técnica de los candidatos o licitadores, dice literalmente lo siguiente:

> **"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".**

No siempre podremos utilizar este requisito de solvencia técnica, sino sólo cuando resulte objetivo, proporcionado y razonable conforme a la naturaleza y el contenido del contrato. Es decir cuando una empresa ordinaria no pudiera ejecutar correctamente el contrato, debido a que los conocimientos técnicos y la experiencia en inserción laboral resulten imprescindibles, es decir cuando el componente de inserción laboral en el contrato sea importante.

Una fórmula que suele incluirse y redactarse es limitar la admisión de contratistas a aquellos inscritos en un Registro de Empresas de Inserción, no obstante no lo aconsejamos por cuestiones jurídicas, ya que no existe un registro unificado ni todas las Comunidades Autónomas lo poseen, además existe la posibilidad y por lo tanto resultaría recurrible si una empresa que no es de inserción acredita su capacidad técnica para llevar a cabo la contratación de personas en situación de exclusión o la ejecución de un proyecto de inserción laboral o acredita poseer sus características aunque no estuviera inscrita en el Registro. Es mejor llegar al mismo lugar por otro camino: en lugar de exigir la inscripción en un registro de empresas de inserción, podemos exigir la acreditación de un porcentaje de plantilla compuesta por personas en riesgo de exclusión, un informe de servicios sociales o el hecho de disponer de personal técnico en labores de acompañamiento.

Casuística

En el apartado de Pliegos ya aprobados podemos examinar:

ENTIDAD	OBJETO	REDACCIÓN
Ayuntamiento de GETXO	Obras de rehabilitación en la vivienda municipal de la Calle José Luis López Osés mediante la realización de procesos de inserción sociolaboral a través del empleo, la formación y el acompañamiento.	e) Los licitadores deberán acreditar: - Tener entre sus objetivos estutarios el favorecimiento de la inserción laboral de cualquier persona que, por razones económicas, sociales,personales o de cualquier otra índole se encuentre en situaciones sociales desfavorecidas.
Ayuntamiento de PALMA DE MALLORCA	Servicio de acogimiento para mujeres y familias	De conformit l que es disposa al Decret 44/1988, de 28 d'abril de la Conselleria de Sanitat i Seguretat Social de la CAIB, els concurrents hauran d'estar inscrits en el Registre de Centres, Serveis i/o entitats que desenvolupin activitats en el camp de l'acció social.
Consejería del Gobierno de las ISLAS BALEARES	Consejería de Bienestar Social del Gobierno de las ISLAS BALEARES. Que una entidad sin ánimo de lucro lleve a término el asesoramiento y la formación de profesionales para el programa de prevención y tratamiento de situaciones de conflicto juvenil.	1. Objecte del contracte. Que una entitat sense ánim de lucre, dugui a terme la tasca dássessorament i de frmació deis professionals que hagin de treballasr en el programa de prevenció i abordatge de las situacions de conflicte juvenil, aixi com la realització d'una avaluació i seguiment constant de la implementació del mateix, amb com garantir un abordaige conjunt interinstitucional implicant a tots professionals que es veuen afectats per aquest problema.
Ayuntamiento de ANT BOI DE LLOBREGAT	Selección del proyecto de inserción laboral incorporado a la contratación de obras en el Barrio de Camps Blancs, dirigidos a colectivos vulnerables en situación de desventaja en el mercado laboral.	8.3.- Si adjuntaran les següents declaracions responsables: 8.3.1.- Que la empresa d'inserció té una expriencia provada en el camp de la inserció amb un minim dún any. 8.3.2.- De l'equip humá de l'empresa indicant i relacionant el personal amb contracte laboral, especificant quin será l'equip humá dedicat, exclusivament, al projecte d'inserció en relació a la obra objecte de concurs.
Consejería del Gobierno de las ISLAS BALEARES	Asesoramiento para las medidas judiciales impuestas por el Juzgado de Menores.	2. Especificacions. L'entitat sense ánim de lucre amb la que es contracti ha de posar a disposició de la Conselleria de Benestar Social, un total de 10 places distribuides entre les illes de Mallorca i Menorca. Peró, si per necessitat justificada, la Direcció General de Menors tengués la necessitat de disposasr de més places de les concertades, l'entitat haurá d'assumir fins a un máxim de 12 places que s'abonaran al mateix preu de les places concertades ocupades, peró, en cap cas, no s'anonará cap quantitat si estan desocupades.
Ayuntamiento de BARCELONA	Suministro de vestuario	Acreditar y garantizar que los textiles y otros materiales específicos empleados en la producción de forma directa o mediante subcontratación se ha realizado respetando los derechos básicos en el trabajo recogidos en la Declaración de la OIT, aportado certificado de código de conducta SA 8000, Fair Wear Foundation, o tener algún tipo de acuerdo con empresas de inserción o centros especiales de empleo.

El contrato menor

El contrato menor es un procedimiento abreviado de contratación que tan sólo requiere la aprobación del gasto e incorporar al expediente la factura correspondiente. Se definen tan sólo por su cuantía, es decir **puede utilizarse por debajo de los umbrales económicos** cuantitativos **establecidos: hasta 30.050 euros en los contratos de obras, y hasta 12.020 euros en los contratos de servicios y suministros.**

En consecuencia, **las Administraciones Públicas pueden con plena libertad adjudicar los contratos menores de manera directa a empresas de inserción o entidades que se comprometan a contratar a personas e situación de exclusión, sin necesidad de publicidad ni concurrencia, así de sencillo.**

Es importante tener en cuenta que estos contratos no podrán tener una duración superior a un año, ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios.

La simplicidad y validez de este procedimiento es absoluta, pero su cuantía y duración impiden que la adjudicación puntual de un solo contrato posibilite resultados estimables en cuanto a inserción laboral, cuestión diferente sería si una Administración decide utilizar el contrato menor de manera programada y sistemática para facilitar mercado a las empresas de inserción.

La recomendación consiste en elaborar un listado de productos y servicios que elaboran o prestan las empresas de inserción del territorio, acreditando su capacidad técnica y demostrando su beneficio social, y planificar una propuesta razonada que impulse la adjudicación directa de este tipo de contratos. De este modo sí podremos conseguir resultados significativos. Por ejemplo el Ayuntamiento de Córdoba emplea el contrato menor para la adquisición de productos de comercio justo.No aportamos ejemplos o pliegos puesto que en esta modalidad ni siquiera existen, ya que la adjudicación se formaliza con el propio contrato o la factura.

El procedimiento negociado

En la publicación "Las empresas de inserción. Su acceso a la Contratación Pública" [27] se afirma que "el procedimiento negociado se constituye, indiscutiblemente, como la vía más adecuada con la que cuenta la Administración para facilitar el acceso de las Empresas de Inserción al mercado público de la contratación".

Sus características y requisitos son los siguientes:

- El contrato se adjudica al empresario justificadamente elegido, previa consulta y negociación de los términos del mismo con uno o varios empresarios.

- Es necesario solicitar la oferta de empresas capacitadas en número no inferior a tres (dice la ley que sólo cuando sea posible), y dejando constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, las ofertas recibidas y las razones para su aceptación o rechazo.

- En el pliego de cláusulas administrativas se determinarán los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación con las empresas.

- Se puede utilizar, negociar y adjudicar el contrato exclusivamente con empresas de inserción por debajo de los umbrales económicos establecidos y además en determinados supuestos aunque superen estos importes:

  1. Por razón de la cuantía: cuando el importe del contrato sea inferior a los límites establecidos (60.101 euros para obras, y productos consumibles o perecederos; y 30.050 euros en los de gestión de servicios, suministro de bienes, consultoría y asistencia técnica).

27-María Domínguez Cascón, María Ballesteros Ordóñez y Gemma Miguel Miguel. Programa Triada promovido por la Federación Castellano-Leonesa de Empresas de Inserción.

2. Por supuestos tasados, en cuyos casos no existe el límite cuantitativo presupuestario antedicho:

- Cuando el contrato no se hubiera podido adjudicar en un procedimiento abierto o restringido por falta de licitadores o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación.

- Especialmente interesante resulta: "cuando a causa de su especificidad técnica, sólo pueda encomendarse a un determinado empresario". Este supuesto es aplicable a nuestro objetivo cuando el objeto del contrato consista en la inserción laboral de personas y colectivos en situación desfavorecida, ya que nos referimos a especificidades técnicas que únicamente las empresas de inserción poseen, por lo que se justifica la negociación y contratación exclusivamente con estas.

- Idéntica argumentación encontramos en el supuesto de "aquellos servicios respecto a los que no sea posible promover concurrencia en la oferta". Y no será posible promoverla cuando solamente las empresas de inserción están capacitadas para ejecutar un contrato por el hecho de que el objeto principal o parte importante del mismo sea la inserción sociolaboral.

En estos casos la limitación a la concurrencia estaría plenamente justificada si se acredita que la ejecución del contrato debe contemplar la contratación de personas en situación o riesgo de exclusión social o la ejecución de un proyecto de inserción sociolaboral.

Casuística

Como ejemplos del procedimiento negociado, en el anexo de Pliegos de Cláusulas Sociales aprobadas y aplicadas, podemos encontrar:

- El Ayuntamiento de Burlada para la gestión del Servicio de Atención a Domicilio.

- El Ayuntamiento de Getxo para la contratación de las "Obras de rehabilitación en la vivienda municipal de la Calle José Luis López Osés mediante la realización de procesos de inserción sociolaboral a través del empleo, la formación y el acompañamiento".

- El Ayuntamiento de Amurrio para la Gestión del Teléfono 010 de Información Ciudadana.

El mercado tutelado

Otra de las fórmulas que la legislación habilita para limitar la admisión de licitadores a empresas de inserción consiste en crear un mercado tutelado, utilizando el contrato menor y el procedimiento negociado. Se trata de una posibilidad innovadora con un gran potencial que ha sido expresamente recogida por la Directiva 2004/18/CE, el borrador de la nueva Ley Foral de Contratos de Navarra, y mediante la Ley 7/2004 de la Generalitat de Cataluña, cuya regulación y desarrollo analizamos en el apartado de experiencias por su indudable interés.

Para su implantación se debe analizar la contratación de una determinada administración pública y cuantificar el importe presupuestario licitado mediante el contrato menor y el procedimiento negociado, a continuación se establece la reserva de un porcentaje de los mismos para ser adjudicados a las empresas de inserción que operan en el sector de actividad concreto.

Concepto

Uno de los lugares comunes al hablar de empresas de inserción resulta la alusión a los mercados tutelados. Paradójicamente las referencias son abundantes, pero su definición conceptual resulta dispar, y muy escasas las experiencias reales.

Entendemos como mercado tutelado, a la actividad de protección y fomento que se realiza por los poderes públicos de aquellos sectores de actividad, productos específicos o incluso modelos productivos que por sus especiales características y en aras del interés general gozan de un marco regulador, así como ayudas económicas u otro tipo de estímulos.

Lo explicamos con ejemplos: un producto específicamente tutelado serían los alimentos de primera necesidad como el pan, para el que se establece un sistema de precio máximo. Otra tutela se ejerce sobre un modelo productivo, como son las cooperativas que disfrutan de ayudas a su constitución o un régimen fiscal específico más favorable. Asimismo, un sector de actividad tutelado sería el mercado de la vivienda en el que los poderes públicos intervienen expropiando suelo, subvencionando la compra o el alquiler, con desgravaciones fiscales, etc. Podríamos seguir con los estímulos al I+D+I, la cultura con un tipo del IVA reducido, la construcción naval que recibe subsidios y contrataciones directas, o el sector agrícola con subvenciones procedentes de la Unión Europea, aranceles o sistemas de cuotas.

Es decir, el concepto de mercado puede considerarse en sentido laxo y las formas de tutelarlo son muy diversas, así que la primera cuestión es qué mercado se tutela y la siguiente cómo se tutela.

En nuestro caso, el mercado tutelado es la inserción sociolaboral de las personas en situación o riesgo de exclusión social, y la tutela puede ejercerse con diferentes medidas, como la regulación de las empresas de inserción en distintas Comunidades Autónomas, las ayudas económicas o el contrato bonificado. Y precisamente una de las reivindicaciones es la obtención de carga de trabajo para las empresas de inserción mediante la contratación pública, en cuyo caso concreto estamos hablando de tutelar el mercado de las empresas de inserción a través de la contratación pública.

Incluso podemos seguir ramificando, ya que la introducción de cláusulas sociales puede hacerse como obligación en fase de ejecución o como criterio de valoración, pero en el presente caso nos referimos a considerar un criterio de selección o admisión de manera planificada y el establecimiento de una RESERVA DE MERCADO específica para las empresas de inserción, lo que pese a suponer una limitación a la concurrencia se encuentra expresamente admitido por la ley.

Análisis

En primer lugar debemos celebrar la declaración de principios con que la nueva directiva alude al empleo, la igualdad de oportunidades y la inserción social, reconociendo la dificultad de acceso y conservación de un empleo de determinadas personas, así como la contribución de los dispositivos específicos de empleo con apoyo.

Y más plausible supone pasar de las palabras a los hechos, es decir la asunción expresa y formal en toda una Directiva de contratación, de la existencia de empresas que difícilmente pueden sostenerse en régimen de competencia y el reconocimiento de su beneficio social, estableciendo en consecuencia una regulación normativa que supone poner en práctica todos los desideratums [28] anteriores respecto al papel que la contratación pública puede y debe jugar en la cohesión social y la lucha contra la pobreza, y estableciendo en la ley una reserva de mercado para este tipo de empresas. Así lo hace su artículo 19 con el título de Contratos reservados:

"Los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. La presente disposición deberá mencionarse en el anuncio de licitación".

El lamento y el reproche a la Directiva es su carácter limitativo, restringiendo esta reserva de mercado hacia las personas con discapacidad, lo que evidencia una vez más que las entidades dedicadas a la inserción sociolaboral de personas en situación de exclusión no somos capaces de ejercer esa misma capacidad de lobby y nuestra debida presencia se torna ausencia en los ámbitos y estamentos donde se adoptan cruciales decisiones políticas y legislativas de incidencia directa en las personas y colectivos desfavorecidos del mercado laboral. Por fortuna el borrador de la nueva Ley Foral de Contratos de Navarra sí lo está

28-Ver Capítulo III.2. Criterios Sociales en la Contratación Pública: Antecedentes.

teniendo en cuenta, al igual que lo ha hecho la Ley 7/2004, de la Generalitat de Cataluña.

Dinámica de Implantación

Para resumir un ejemplo de cómo se articula esta reserva de mercado, recomendamos acudir a la experiencia analizada de la Generalitat de Cataluña, cuyo resumen sería el siguiente:

1. Cada departamento, organismo autónomo o empresa pública analiza el volumen de adjudicaciones realizadas el año anterior mediante contrato menor y procedimiento negociado sin publicidad.

2. Una vez computado se realiza una reserva de hasta el 20% de dicha cuantía para centros de inserción laboral de discapacitados y empresas de inserción sociolaboral.

3. Aunque se listan diversos sectores de actividad y objetos contractuales en los que puede realizarse la reserva, los órganos de contratación tienen la facultad de ampliarla, por lo que puede aplicarse a cualquier contrato.

4. En la práctica se trata de un régimen descentralizado y cada departamento a través de su sección de compras gestiona el sistema.

5. En el año 2005, esta reserva supuso la adjudicación de contratos por importe de 11 millones de euros, lo que se tradujo –según estimaciones- en más de 300 empleos de inserción generados.

2.4. FASE DE ADJUDICACIÓN. VALORACIÓN DE LAS OFERTAS

Una vez realizada la admisión de las empresas que participarán en la licitación, llega el momento de valorar sus ofertas, lo que determinará la adjudicataria del contrato.

Existen dos formas de adjudicación de contratos: en la subasta se atiende exclusivamente a la oferta económica, por lo que en esta fase sólo nos interesa el concurso donde se pueden considerar diversos criterios, incluidos los sociales, valorándose la mejor oferta en su conjunto.

La legislación recoge una enumeración -no exhaustiva- que contiene los criterios para la adjudicación del concurso: el precio, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio de postventa u otros semejantes.

Puntuación por contratación de personas en situación desfavorecida

En nuestro caso nos interesa que se contemple como criterio de valoración la incorporación laboral de personas y colectivos desfavorecidos. Esta consideración bien puede encajarse dentro de los conceptos "calidad", "valor técnico", o "rentabilidad" que enumera expresamente el artículo 86 del TRLCAP. Pero también es posible introducir otros criterios de valoración diferentes a los citados, que la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas [29] denomina como "criterios adicionales".

Tengamos en cuenta que deberá haber relación directa entre el objeto del contrato y el criterio de adjudicación, así como que la puntuación otorgada a la inserción sociolaboral sea proporcionada con el contenido del contrato. Los criterios de adjudicación además deben ser públicos, objetivos, detallados y cuantificables, señalados de modo decreciente e incorporados al Pliego de Cláusulas Administrativas.

29-En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidades Europeas, de 26 de septiembre de 2000, el Tribunal admitió la introducción de criterios adicionales de carácter social como que los concursantes contrataran a parados de larga duración.

Casuística

Pueden consultarse en el anexo diversos pliegos de cláusulas sociales ya aprobadas e implantadas que contemplan este criterio de puntuación:

ENTIDAD	CONTRATO	TIPO CLÁUSULA	REDACCIÓN
Ayto. PAMPLONA	Gestión del Servicio de Atención a Domicilio	Puntuación por contratación de colectivos desfavorecidos.	2. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Al órgano de contratación corresponde la adjudicación del concurso y, a tal fin, resolverá en orden a la proposición que considere más ventajosa para los fines del mismo sin que necesariamente tenga que coincidir con la oferta económica mas favorable sino que en la adjuditación se seguiran los siguientes criterios 2-Empresas que integran un mínimo del 30% del personal a colectivos desfavorecidos hasta 25 puntos
Mancomunidad de la comarca de PAMPLONA	Servicio de Recogida del Vidrio en establecimientos de hostelería	Puntuación por contratación de colectivos desfavorecidos.	Se valorará que las empresas concursantes tengan en su plantilla contrataciones de personas pertenecientes a colectivos desfavorecidos (jóvenes en busca de primer empleo, mujeres solas, inmigrantes, mayores de 40 años, etc).
Ayto. BURLADA	Gestión del Servicio de Atención a Domicilio	Asistencia en la Gestión del Servicio de Atención a Domicilio. Puntuación por contratación de colectivos desfavorecidos.	7. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Al órgano de contratación corresponde la adjudicación del concurso y, a tal fin, resolverá en orden a la proposición que considere más ventajosa para los fines del mismo sin que necesariamente tenga que coincidir con la oferta económica mas favorable sino que en la adjuditación se seguiran los siguientes criterios 2-Empresas que integran un mínimo del 30% del personal a colectivos desfavorecidos hasta 25 puntos
Ayto. de GETXO	La ocupación de personas desempleadas con dificultades para el acceso al mundo laboral o que se encuentren en situación de riesgo de exclusión, para la prestación del servicio de mensajería	Puntuación por el Plan de Trabajo y los compromisos de contratación respecto a los colectivos con dificultad de inserción laboral.	A) PERSONAL A CONTRATAR Y PLAN DE TRABAJO: 30% Una memoria en la que se exponga el Plan de Trabajo, así como los compromisos de contratación respecto a los colectivos con dificultad de inserción laboral a los que se pretende contratar, concretando en la mayor medida posible en que grupos con riesgo de exclusión social se va a buscar dicho personal.
GOBIERNO DE NAVARRA. Dpto. de Bienestar Social	Obras de instalación de aulas prefabricadas en la Granja Escuela Haritz-Berri.	Puntuación por integrar en la plantilla a trabajadores integrados en programas de incorporación socio-laboral o que habitualmente subcontraten servicios con centros y empresas cuyo objetivo principal sea la incorporación de los colectivos excluidos.	A) CLÁUSULAS SOCIALES: Máximo de 3 puntos Se otorgarán tres puntos a aquellos licitadores o empresas licitadoras que en el momento de acreditar su solvencia técnica tengan en su plantilla, con más de tres meses de antigüedad, a un mínimo de un 2% de trabajadores a jornada completa, o su equivalente en jornadas parciales, que se encuentren integrados en programas de incorporación socio-laboral o que habitualmente subcontraten servicios con centros y empresas cuyo objetivo principal sea la incorporación de los colectivos excluidos.
Consejo Insular de MALLORCA	Servicio de Recogida Selectiva de Residuos de la Isla de Mallorca	Puntuación por el programa de trabajo que contemple la contratación de personas con discapacidad o con dificultades de inserción en el mundo laboral.	CRITERI Presentació d'un programa d'ocupació laboral que contempli l'habilitació de llocs de treball per persones amb disminucions i amb dificultats d'integració al mon laboral.
Ayto. de LAS GABIAS	Servicios de limpieza de edificios públicos.	Puntuación por contratación de colectivos desfavorecidos.	En la adjudicación se seguirán los siguientes criterios: 2. Contratación de personas con dificultades de acceso al empleo: compromiso de la empresa a conformar su plantilla, en un porcentaje no inferior al 75% y con carácter indefinido, con trabajadores provenientes de situaciones de exclusión social o desfavorecidos....hasta 30 puntos.

Instituto de la Naturaleza del Gobierno de las ISLAS BALEARES	Servicio de limpieza de la sede del Instituto.	Puntuación por la contratación de personas procedentes de situaciones de riesgo de exclusión social.	Se valorará con 10 puntos las ofertas presentadas que tengan en consideración la contratación de personas procedentes de situaciones de riesgo de exclusión social, acreditada por las Unidades de Trabajo Social de los correspondientes Ayuntamientos o la Comunidad Autónoma, o bien por los servicios de orientación laboral específicos del Servicio de Ocupación de las Islas Baleares.
Ayto. de LA CORUÑA	Obras de remodelación del mercado municipal de Monte Alto.	Puntuación por la contratación de personas en situación de riesgo de exclusión con contrato superior a un año.	Personal: hasta 20 puntos. Se valorará: Empleo de personas en situación de riesgo de exclusión con contrato superior a un año. Personas con discapacidad superior al 50%. Personas desempleadas con edad superior a los 45 años. Mujeres incluidas en programas de acogimiento por violencia contra las mujeres. Personas incluidas en los censos municipales de chabolistas. Personas incluidas en el programa de integración laboral para colectivos inmigrantes o emigrantes de retorno. Personas pertenecientes a minorías étnicas.
Ayto. de SABADELL	Obras de Can Julia Ferrer.	Puntuación por la contratación de personas en situación de exclusión social	Valoración de parámetros sociales: Compromiso de incluir en la plantilla a personas provenientes de situación de exclusión social, especificando el porcentaje , las tareas a desempeñar, los procesos de selección y el proyecto de inserción …. Hasta 4 PUNTOS.
Ayto. de BILBAO	PLIEGO DE CONDICIONES GENERALES.	Puntuación por la contratación de personas desempleadas con dificultades de acceso a empleo.	Se pretende primar a las empresas que para el desarrollo de la obra, servicio o suministro contraten a desempleados/as con especiales dificultades de acceso al mercado laboral. Los porcentajes de puntuación oscilan entre el 10% y el 15% empezando a aplicarse cuando al menos el 20% de la plantilla pertenezca a los colectivos especificados en un anexo de los pliegos.
Mancomunidad de UROLA-KOSTA	Servicio de limpieza de locales.	Puntuación por la inserción de colectivos desfavorecidos.	Criterios de adjudicación: 1. Propuestas que promocionen la inserción de colectivos desfavorecidos o contemplen en la contratación de mano de obra, la incorporación de personas que hayan participado en programas públicos de formación y empleo: De 0 a 30 PUNTOS.
Ayto. de HONDARRIBIA	Obras de habilitación interior en Goikoerrota con instalación de cantina.	Puntuación por la inserción de colectivos desfavorecidos.	Criterios de adjudicación: Propuestas que promocionen la inserción de colectivos desfavorecidos o contemplen en la contratación de mano de obra, la incorporación de personas que hayan participado en programas públicos de formación y empleo: 60 %

Puntuación por ser una empresa de inserción

Además de la valoración por la contratación de personas en situación o riesgo de exclusión social o la ejecución de un proyecto de inserción sociolaboral, existen numerosos pliegos de condiciones que incluyen un criterio de puntuación por el hecho de ser una empresa de inserción, poseer experiencia en inserción, poseer como objeto estatutario la inserción laboral, o ser una entidad sin ánimo de lucro.

Aunque existen argumentos a favor y entendemos que existe cobertura legal suficiente para contemplarlos, desaconsejamos su inclusión siguiendo un criterio de prudencia y para evitar impugnaciones jurídicas, ya que un abundante sector doctrinal entiende que las características de una empresa no guardan relación con el objeto del contrato y por lo tanto no se entienden admisibles.

Pese a ello, si alguna entidad decide contemplar esta tipología de cláusula, aportamos argumentos y documentación a su favor (legislación, dictámenes y jurisprudencia) en el capítulo de análisis jurídico. Pero recomendamos llegar al mismo lugar con

diferente estrategia: si se desea beneficiar a las empresas de inserción, resulta más conveniente -para evitar problemas legales- valorar el compromiso de emplear para la ejecución del contrato a personas en situación o riesgo de exclusión social.

Es decir, si se puntúa a una empresa por el hecho de ser de inserción podemos vulnerar los principios de igualdad y libre concurrencia, pero sí podemos valorar el hecho de contratar a personas y colectivos desfavorecidos del mercado laboral para ejecutar la obra o prestar el servicio objeto del contrato, en este caso partirá en condiciones de igualdad cualquier entidad con independencia de su objeto social, con lo que evitamos reticencias jurídicas o impugnaciones.

La diferencia estriba en que la puntuación se establezca en relación con la ejecución del contrato que se adjudica y no con las características de la empresa o la composición de su plantilla previamente a la prestación del contrato, aspecto que en todo caso tendría relación con su capacidad para contratar y debiera estimarse en la fase de admisión pero no en la de evaluación.

Casuística

Pueden consultarse los siguientes pliegos:

ENTIDAD	OBJETO	TIPO CLÁUSULA	REDACCIÓN
Ayto. PAMPLONA	Gestión del Servicio de Atención a Domicilio	Puntuación por contratación de colectivos desfavorecidos.	2. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Al órgano de contratación corresponede la adjudicación del concurso y, a tal fin, resolverá en orden a la proposición que considere más ventajosa para los fines del mismo sin que necesariamente tenga que coincidir con la oferta económica mas favorable sino que en la adjuditación se seguiran los siguientes criterios 1-Empresas de economia social (cooperativas., SSL, fundaciones, etc...) hasta 20 puntos
Mancomunidad de la comarca de PAMPLONA	Servicio de Recogida del Vidrio en establecimientos de hostelería	Puntuación a empresas de carácter social.	Se valorará que las empresas concursantes tengan carácter social: entidades sin ánimo de lucro, con fines de inserción social o empresas de economía social, etc.
Ayto. de BURLADA	Asistencia en la Gestión del Servicio de Atención a Domicilio	Puntuación por el tipo de entidad	2. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Al órgano de contratación corresponede la adjudicación del concurso y, a tal fin, resolverá en orden a la proposición que considere más ventajosa para los fines del mismo sin que necesariamente tenga que coincidir con la oferta económica mas favorable sino que en la adjuditación se seguiran los siguientes criterios 1-Empresas de economia social (cooperativas., SSL, fundaciones, etc...) hasta 18 puntos
Ayto. de GETXO	La ocupación de personas desempleadas con discapacidad para la prestación de los servicios de vigilancia y limpieza del ascensor municipal de Ereaga.	Puntuación por el tipo de entidad (según objeto social y carencia de ánimo de lucro).	A) OBJETO SOCIAL Y CARENCIA DE ÁNIMO DE LUCRO DEL LICITADOR: 30%.
Ayto. de GETXO	La ocupación de personas desempleadas con dificultades para el acceso al mundo laboral o que se encuentren en situación de riesgo de exclusión, para la prestación del servicio de mensajería	Puntuación por el Objeto social y carencia de ánimo de lucro de la empresa.	B) OBJETO SOCIAL Y CARENCIA DE ÁNIMO DE LUCRO: 10%

Ayto. de GETXO	Obras de rehabilitación en la vivienda municipal de la Calle José Luis López Osés mediante la realización de procesos de inserción sociolaboral a través del empleo, la formación y el acompañamiento.	Puntuación por la experiencia en procesos de inserción sociolaboral con colectivos	B) EXPERIENCIA EN REALIZACIÓN DE PROCESOS DE INSERCIÓN SOCIOLABORAL CON COLECTIVOS SIMILARES A LOS DESTINATARIOS DE ESTE PROYECTO: 15 PUNTOS
GOBIERNO DE NAVARRA Dpto. de Bienestar Social	Obras de instalación de aulas prefabricadas en la Granja Escuela Haritz-Berri.	Puntuación por integrar en la plantilla a trabajadores integrados en programas de incorporación socio-laboral.	B) CLÁUSULAS SOCIALES: Máximo de 3 puntos Se otorgarán tres puntos a aquellos licitadores que tengan en su plantilla, con más de tres meses de antigüedad, a un mínimo de un 2% de trabajadores integrados en programas de incorporación socio-laboral o que habitualmente subcontraten servicios con centros y empresas cuyo objetivo principal sea la incorporación de los colectivos excluidos.
Ayto. de PALMA DE MALLORCA	Servicio de acogimiento para mujeres y familias	Puntuación para entidades sin ánimo de lucro.	5. Tener el caracter d'entitat sense anim de lucre es valorará un màxim de 5 punts.
Ayto. de LAS GABIAS	Servicios de limpieza de edificios públicos.	Puntuación por el tipo de entidad.	En la adjudicación se seguirán los siguientes criterios: 1. Empresas de economía social (cooperativas, Sociedades Laborales, Fundaciones, etc) .....hasta 30 puntos.
Instituto de la Naturaleza del Gobierno de las ISLAS BALEARES	Servicio de limpieza de la sede del Instituto.	Puntuación a entidades sin ánimo de lucro.	Se valorará con 10 puntos a las organizaciones cuyo objetivo sea de carácter social y no lucrativo como fundaciones, ONGs u otras.
Ayto. de SABADELL	Obras de Can Julia Ferrer.	Puntuación por la contratación de personas en situación de exclusión social	Valoración de parámetros sociales: Compromiso de incluir en la plantilla a personas provenientes de situación de exclusión social, especificando el porcentaje , las tareas a desempeñar, los procesos de selección y el proyecto de inserción .... Hasta 4 PUNTOS.
Ayto. de PUERTO REAL	Contrato de mantenimiento y limpieza estival de playas.	Puntuación por la experiencia en programas de inserción laboral o proyectos educativos y sociales.	Criterios Sociales. Por la acreditación de la participación en programas de inserción sociolaboral promovidos por las Administraciones Públicas (programas de garantía social, Escuelas Taller, Casas de Oficios) hasta 20 PUNTOS.
Ayto. de AMURRIO	Gestión del Teléfono 010 de Información Ciudadana	Puntuación por la experiencia en procesos de inserción sociolaboral. Puntuación por poseer como objetivo social la inserción laboral.	Criterios de adjudicación: b) Experiencia en realización de Procesos de Inserción Sociolaboral con colectivos similares a los destinatarios de este proyecto: 10 PUNTOS d) Tener entre sus objetivos estatutarios el favorecimiento de la inserción socio-laboral de personas en riesgo de exclusión y/o que presenten dificultades de acceso al mercado laboral: 10 PUNTOS.
Instituto Aragonés de Servicios Sociales	Gestión del servicio de informacion de atención a menores	Puntuación por ser empresa de inserción inscrita.	Se valorará con 1 punto que la empresa esté inscrita en el Registro señalado en el Decreto 33/2002, por el que se regulan las empresas de inserción laboral.

La admisión de variantes o mejoras

Otra fórmula que facilita incorporar un criterio de adjudicación (puntuación) por la contratación de personas en situación de exclusión, consiste en la introducción de variantes que mejoren voluntariamente y vayan más allá de las prescripciones técnicas establecidas por el órgano adjudicador.

La legislación permite que la autoridad contratante admita las variantes o mejoras, incluidas las sociales. **Para utilizar esta posibilidad, se debe elaborar primero una definición estándar del objeto del contrato que cubra las exigencias mínimas y se debe especificar en el anuncio de licitación la opción de presentar variantes.**

De este modo se evita cualquier discriminación por la tipología de empresa ya que posee carácter plenamente voluntario. Técnicamente no supone un criterio de selección, ni una condición obligatoria, pero permite a las administraciones tomar en consideración criterios sociales en la fase de baremación.

Se encuentra recogido de manera general en el TRLCAP y en la Directiva Comunitaria 2004/18, y se refiere a ella específicamente en materia social, la Comunicación Interpretativa de la Comisión, de 15 de octubre de 2001: "En el supuesto de que existan diferentes soluciones para satisfacer las necesidades del poder adjudicador, éste puede definir contractualmente el objeto del contrato que mejor se corresponda con sus inquietudes de orden social, incluso utilizando variantes. Los poderes adjudicadores pueden tomar en consideración las variantes presentadas, las cuales les permiten elegir la opción que mejor responde a sus exigencias económicas y sociales, sin dejar de satisfacer los requisitos mínimos impuestos en el pliego de condiciones".

Casuística

ENTIDAD	OBJETO	TIPO CLÁUSULA	REDACCIÓN
Ayto. de SAIN BOI LLOBREGAT	Obras de la Calle Alacant.	Puntuación por las mejoras o variantes referidas a la contratación de personas con riesgo de exclusión social	La mejora de la cantidad o duración de los contratos laborales a suscribir en cumplimiento de la cláusula social establecida: De 0 a 5 PUNTOS
Ayto. de SAIN BOI LLOBREGAT	Obras de urbanización de la Plaza Ramon Mas	Puntuación por las mejoras o variantes referidas a la contratación de personas con riesgo de exclusión social	La mejora de la cantidad o duración de los contratos laborales a suscribir en cumplimiento de la cláusula social establecida: De 0 a 5 PUNTOS
Ayto. de la VALL D'UIXÓ	Servicio de recogida de cartón y papel de la vía pública.	Criterio de Puntuación. Admisibilidad de mejoras o variantes referidas a la contratación de personas con riesgo de exclusión social.	Mejoras al Pliego: Cuando el licitador justifique que en la plantilla de la empresa se incluyen contratos de personas con riesgo de exclusión social se va valorará 0,5 puntos por contrato, con un máximo de 2 puntos.
Ayto. de SAIN BOI LLOBREGAT	Obras del aparcamiento subterráneo	Puntuación por las mejoras o variantes referidas a la contratación de personas con riesgo de exclusión social	La mejora de la cantidad o duración de los contratos laborales a suscribir en cumplimiento de la cláusula social establecida: De 0 a 5 PUNTOS

2.5. FASE DE EJECUCIÓN

Efectuada la evaluación de las propuestas y adjudicado el contrato, es el momento de ejecutarlo y en esta fase también pueden contemplarse criterios sociales referidos a la contratación de colectivos con dificultades de acceso al empleo. Para ello es imprescindible que con carácter previo se hayan fijado en los pliegos de cláusulas administrativas o en las prescripciones técnicas, ya que toda obligación allí establecida debe ser ahora cumplida. Por el contrario si no se hubiera estipulado entonces no se podría en fase de ejecución exigirlo al contratista.

Aquí la cláusula social forma parte del contrato y es una obligación inherente al mismo que los licitadores por el hecho de presentar su oferta se comprometen a cumplir en fase de ejecución. La propuesta de una empresa licitadora que no acepta-

se las condiciones establecidas no se ajustaría al pliego de condiciones y deberá inadmitirse. Además, su incumplimiento pudiera dar lugar a la rescisión del contrato y la imposición de sanciones.

Con esta posibilidad, **la contratación de personas en situación desfavorecida se impone como una exigencia de ejecución para quien resulte adjudicatario. Este criterio de obligación por un lado favorece la contratación de las empresas dedicadas a la inserción sociolaboral, y por otra no discrimina a las demás**, en la medida que no excluye la posibilidad de que el resto de empresas se comprometan de manera puntual a contratar a personas con dificultades de acceso al empleo para la ejecución del contrato en cuestión.

Podemos formular diversas obligaciones: exigir la contratación de un porcentaje de personas en situación de exclusión, reservar un determinado número de puestos de trabajo al efecto, el disponer de una técnico de acompañamiento sociolaboral, el diseño y ejecución de un proyecto de inserción, la emisión de informes sociolaborales, etcétera. **Estas obligaciones deben ser expuestas desde el inicio del proceso de contratación, pese a que sólo se desarrollarán en el momento de ejecución del contrato.**

No existe ninguna discusión sobre la validez de estas obligaciones, puesto que se encuentra admitido y regulado en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios:

> **"Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental"**.

Por lo tanto si en el pliego de condiciones hacemos constar estas cláusulas, son por completo vinculantes para todos los licitadores, puesto que sus proposiciones presuponen la aceptación de las mismas y especialmente para el adjudicatario, puesto que forman parte del contrato.

En la casuística que presentamos en el análisis de experiencias, la obligación de contratar a personas desfavorecidas del mercado laboral se plantea en muchos casos como "una reserva de puestos de trabajo", es decir se estudia técnicamente el contrato a adjudicar y se determina el número de puestos de trabajo que su ejecución va a generar. De ahí se concluye –por ejemplo- que la empresa adjudicataria para ejecutar la obra o servicio necesitará contratar tres puestos de peonaje, aptos para ser ocupados por el perfil de personas ya predefinido. Y precisamente sobre estas tres contrataciones, se establece la obligación de emplear a personas en situación o riesgo de exclusión social.

Cada administración puede exigir obligaciones acordes a sus características y posibilidades, señalando el perfil de las personas cuya contratación desea imponer en fase de ejecución y determinando cómo y quién realizará su selección o el acompañamiento sociolaboral.

Esta modalidad -establecida como criterio de obligación- posee la virtud de beneficiar a empresas de inserción, pero también consigue el efecto de que las empresas ordinarias y lucrativas participen del objetivo de la incorporación laboral, lo que resulta sin duda interesante allí donde no existan empresas de inserción o estas no posean la capacidad de generar empleo de inserción de manera significativa.

Casuística

La práctica es abundante y para no reiterar el sistema de implantación, datos y conclusiones, **recomendamos muy especialmente la lectura del análisis de buenas prácticas referidas a los Ayuntamientos de Girona y Sant Boi de Llobregat, así como de ADIGSA**. Todas ellas poseen varios años de experiencia, magníficos resultados, una por-

menorizada sistematización y un proceso de evaluación y mejora continua que resulta muy útil para implantar de manera efectiva esta modalidad de cláusula social. Aportamos además en el CD-Rom abundante documentación complementaria.

Podemos encontrar en el anexo de Pliegos de Cláusulas ya aprobadas, entre otras los siguientes:

ENTIDAD	OBJETO	TIPO CLÁUSULA	REDACCIÓN
Ayto. de GETXO	Obras de ampliación de aceras en Calles Aiboa, Bidezabal, Arene, Villamonte, Elizondo y Barrasate.	Obligación de contratar a una persona desempleada perteneciente a colectivos desfavorecidos del mercado laboral	Todos los licitadores, deberán adjuntar: f) Declaración jurada del licitador comprometiéndose a contratar a 1 trabajador en paro, vecino del municipio inscrito en la Oficina del I.N.E.M., durante el transcurso de la obra, de entre los siguientes grupos: 1ª - Personas con más de 18 meses en situación de desempleo (acreditado a través de certificado emitido por el INEM). 2º - Personas perceptoras del Ingreso Mínimo de Inserción o de Ayudas de Emergencia Social (acreditado mediante certificación municipal). 3ª - Personas mayores de 45 años en situación de desempleo (acreditado mediante el D.N.I. y el certificado emitido por el INEM). 4º - Mujeres con responsabilidades familiares (acreditado mediante certificado de empadronamiento y certificados emitidos por el INEM referente a todos los adultos residentes). 5º - Personas discapacitadas (acreditado mediante certificación de la Diputación Foral u organismo equivalente).
Ayto. de AVILÉS	Servicio de Conservación, mantenimiento y limpieza de zonas verdes.	Criterio de Obligación para contratar desempleados y aplicar medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades.	Obligaciones del adjudicatario El adjudicatario estará obligado a contratar desempleados, aplicar medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la diversidad étnica, y a contratar al menos un 5% de personas discapacitadas, siguiendo las instrucciones contenidas en las Directivas Comunitarias.
Ayto. de SAINT BOI DE LLOBREGAT	Selección del proyecto de inserción laboral incorporado a la contratación de obras en el Barrio de Camps Blancs, dirigidos a colectivos vulnerables en situación de desventaja en el mercado laboral.	Criterio de obligación: Pliego de Bases Complementario para la ejecución de un proyecto de inserción sociolaboral para colectivos desfavorecidos.	El proyecto que se presente deberá contemplar un plan de actuación de acuerdo con los siguientes objetivos: 1.3.1. Desarrollar una estrategia de integración social, mediante políticas activas de inserción que sustituyan las políticas asistenciales. 1.3.2. Asumir la integración social y la autonomía de las personas, a través de la inserción laboral, buscando su desarrollo integral y potenciando la autoestima. 1.3.3. Desarrollar una actuación conjunta entre la comunidad, los agentes sociales y las diferentes administraciones en los procesos de inserción.
SURBISA	Mejora de las condiciones socio-laborales en el ARI de Bilbao La Vieja con obras de rehabilitación urbanística.	Obligación de contratar a personas con dificultades de acceso al empleo.	Obligaciones del adjudicatario El Contratista conoce y acepta el compromiso de mantener durante todo el plazo de ejecución de las obras y desarrollando su trabajo en la obra objeto de adjudicación, a tres personas, como mínimo, desempleadas y con residencia en los barrios de Bilbao La Vieja, San Francisco y/o Zabala.
Ayto. de SABADELL	Obras de Can Julia Ferrer.	Puntuación por la contratación de personas en situación de exclusión social	Valoración de parámetros sociales: Compromiso de incluir en la plantilla a personas provenientes de situación de exclusión social, especificando el porcentaje , las tareas a desempeñar, los procesos de selección y el proyecto de inserción …. Hasta 4 PUNTOS.
ADIGSA	Pliego de bases complementario para la incorporación de proyectos de inserción sociolaboral para colectivos desfavorecidos para la contratación de obras.	Criterio de obligación de diseñar y ejecutar un proyecto de inserción laboral.	Los licitadores deberán presentar un propuesta para la ejecución de un proyecto de inserción sociolaboral para colectivos desfavorecidos.
			La presentación de la oferta supone la adhesión del

ADIGSA	Concurso Obras Gener-2006, PDOR-8-B con la incorporación de cláusulas sociales.	Criterio de obligación: Pliego de Bases Complementario para la ejecución de un proyecto de inserción sociolaboral para colectivos desfavorecidos.	La presentación de la oferta supone la adhesión del licitador a la cláusula social de reserva de puestos de trabajo. Esta reserva está destinada a ser ocupada por personas incluidas en colectivos en riesgo de exclusión social como perceptores de rentas mínimas, parados de larga duración o jóvenes en riesgo de exclusión.
Ayto. GIRONA	Contratación de las obras del Centro Cívico y Biblioteca.	Obligación de contratar a personas con dificultades de acceso al empleo.	El contratista estará obligado a reservar tres puestos de trabajo entre los propuestos por el Ayuntamiento, preferentemente jóvenes sin cualificación y parados de larga duración.
Ayto. GETAFE	Remodelación de zonas verdes en el Barrio El Casar	Criterio de obligación. Contratación e inserción sociolaboral para colectivos desfavorecidos	Según lo descrito en el anexo elaborado por la Coordinadora de Prevención e Inserción Social la empresa deberá cumplir lo siguiente: - Cumplimiento de los objetivos de carácter social contemplados en el proyecto - Seguimiento individual y grupal de los 5 trabajadores de inserción que ocupan los puestos de inserción.
Ayto. SANT BOI LLOBREGAT	Obras de la Calle Alacant.	Criterio de obligación para la contratación de colectivos desfavorecidos	La empresa adjudicataria reservará un puesto de trabajo durante seis meses para la incorporación de personas provenientes de dispositivos o entidades colaboradoras de inserción.
Ayto. SANT BOI LLOBREGAT	Obras de urbanización de la Plaza Ramon Mas	Criterio de obligación para la contratación de colectivos desfavorecidos	La empresa adjudicataria reservará un puesto de trabajo para la incorporación de personas provenientes de dispositivos o entidades colaboradoras de inserción.
Ayto. SANT BOI LLOBREGAT	Obras del aparcamiento subterráneo	Criterio de obligación para la contratación de colectivos desfavorecidos	La empresa adjudicataria reservará un puesto de trabajo durante doce meses para la incorporación de personas provenientes de dispositivos o entidades colaboradoras de inserción.

ANÁLISIS JURÍDICO

V. ANÁLISIS JURÍDICO

1. CRITERIO DE SELECCIÓN

En este capítulo referido al criterio de selección, se analiza la posibilidad de incorporar cláusulas sociales y utilizar las licitaciones para contratar exclusivamente con empresas de inserción.

1.1. EL CONTRATO MENOR

Según el artículo 56 del TRLCAP [30], los contratos menores se definen exclusivamente por su cuantía, y su tramitación sólo exige la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente. En el contrato menor de obras debe incluirse además el presupuesto de las mismas y si fuera preciso el proyecto técnico.

Según los artículos 121, 176 y 201 del TRLCAP, los límites económicos en los que puede utilizarse este contrato son: hasta 30.050 euros en los contratos de obras, y hasta 12.020 euros en los contratos de servicios y suministros.

Sin lugar a dudas y con notoria sencillez procedimental, el contrato menor ofrece la posibilidad de contratar directa y exclusivamente con empresas de inserción, puesto que los poderes adjudicadores gozan de absoluta libertad para elegir la empresa adjudicataria, en este caso optando por empresas dedicadas a la inserción sociolaboral de personas y colectivos desfavorecidos.

1.2. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO

El procedimiento negociado puede ser con o sin publicidad, pero descartamos el primero por no resultar operativo debido a los umbrales económicos de aplicación.

Indica el artículo 73.4. del TRLCAP que en el procedimiento negociado el contrato es adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios de conformidad con lo establecido en el artículo 92.3.

La sistemática se establece en el artículo 92 del TRLCAP, del cual destacamos:

- En el pliego de cláusulas administrativas se determinan los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación con las empresas.

- Es necesario solicitar la oferta de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, sin que su número sea inferior a tres, siempre que ello sea posible, fijando con la seleccionada el precio del mismo y dejando constancia de todo ello en el expediente.

- En todo caso, deberá dejarse constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo aplicadas por el órgano de contratación.

Inclusive el artículo 81 del TRLCAP indica que la constitución de la Mesa de Contratación será potestativa en el procedimiento negociado, de lo que se deduce un sistema más ágil y flexible, además de cierta discrecionalidad –que no confundimos con arbitrariedad-.

30-Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En lo sucesivo TRLCAP.

El procedimiento negociado sin publicidad, única y exclusivamente puede utilizarse en los supuestos establecidos en los artículos 141, 159, 182 y 201 del TRLCAP, respectivamente para los contratos de obras, servicios, suministros y consultoría. De entre los supuestos en que podemos utilizar este procedimiento, cabe destacar por su aplicabilidad a nuestro objetivo de contratación de empresas de inserción, los siguientes:

- Cuando el contrato no llegara a adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido por falta de licitadores o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.

- Cuando a causa de su especificidad técnica, sólo pueda encomendarse a un determinado empresario.

- Aquellos servicios en los que no sea posible promover concurrencia en la oferta.

- Y simplemente por razón de la cuantía del contrato:

  - En los contratos de obras con presupuesto inferior a 60.101 euros.
  - En los contratos de gestión de servicios cuyo presupuesto sea inferior a 30.050 euros y plazo de duración inferior a cinco años.
  - En los contratos de suministro de bienes, consultoría y asistencia técnica cuyo presupuesto sea inferior a 30.050 euros.
  - Los de adquisición de productos consumibles, perecederos o de fácil deterioro, de cuantía inferior a 60.101euros.

Igualmente la normativa comunitaria mediante la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004, indica en su artículo 31, bajo el título de "Casos que justifican el recurso al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación", los mismos supuestos que el TRLCAP sin referirse a las cuantías económicas.

Así, el procedimiento negociado facilita la contratación de las empresas de inserción, respetando los supuestos, requisitos y salvaguardas necesarias. Por ejemplo para adjudicar un contrato de cuantía inferior a la señalada o que cumpla alguno de los supuestos establecidos, la administración correspondiente puede indicar que uno de los aspectos objeto de negociación será la contratación de personas en situación o riesgo de exclusión social. A partir de ahí, invitará al menos a tres empresas (y si no fuera posible puesto que no existe ese número de empresas de inserción capacitadas, bastaría con acreditar esta situación), atenderá a sus ofertas y decidirá finalmente la adjudicación.

Otra posibilidad consistiría en incluir en el objeto del contrato la inserción sociolaboral de colectivos desfavorecidos, en cuyo caso y sin necesidad de hallarnos por debajo de los umbrales económicos, bastará acreditar que debido a su especificidad técnica no es posible promover la concurrencia (puesto que solamente hay una empresa de inserción capacitada en el territorio para prestar debidamente el contrato), y en consecuencia se podrá adjudicar el contrato a la misma.

Abundando en la legalidad de este procedimiento, cabe destacar no sólo su validez para contratos puntuales, sino su regulación general como así ha regulado la Directiva 2004/18/CE y ha establecido la Generalitat de Cataluña a través de una Ley de Medidas Fiscales y Administrativas. Se analiza en el apartado siguiente.

1.3. MERCADO TUTELADO Y RESERVA DE MERCADO PÚBLICO

LEGISLACIÓN

Directiva Comunitaria

La facultad de establecer una reserva del mercado público a través de la contratación, se halla expresamente recogida en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Al respecto ya indica en su considerando número 28:
El empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad. En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.

Y en su artículo 19, titulado Contratos reservados, señala:
Los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. La presente disposición deberá mencionarse en el anuncio de licitación.

Ley Foral de Contratos de Navarra

La legislación común y aquellas autonomías con las competencias asumidas, deben adaptar su normativa de contratos a la Directiva Comunitaria. Así en Navarra, se ha aprobado el borrador de la Ley Foral de Contratos de Navarra [31], cuyo artículo 9º titulado "Reserva de contratos a entidades de carácter social" dice lo siguiente:

1. Las entidades sometidas a la Ley Foral podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a talleres protegidos o reservar su ejecución a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.
2. Igualmente podrán ser beneficiarios de la reserva las empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social.
3. El importe de los contratos reservados no podrá superar el 20% del importe de los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior.
4. Los anuncios de licitación de los contratos objeto de esta reserva deberán mencionar expresamente la presente disposición.

Cataluña: Reserva de Mercado para Empresas de Inserción

El 21 de julio de 2004 se publicó en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña [32], la Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas, que modifica el artículo 35 de la Ley 31/2002, y establece una reserva de la contratación públicas para las empresas de inserción en la contratación con los organismos autónomos y empresas públicas de la Generalitat.

31-Publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Navarra, número 132 de 20 de diciembre de 2005. Se adjunta íntegro en el CD adjunto a esta publicación, en el capítulo de Legislación de Contratos.
32-Número 4179 del Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña.

Por su interés la reproducimos íntegra:

LEY 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas.
Artículo 19. Modificación de la Ley 31/2002. Se modifica el artículo 35 de la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, que queda redactado del siguiente modo:

Artículo 35. Fomento de los objetivos sociales en la contratación

1. En los términos establecidos por el presente artículo, los departamentos, los organismos autónomos y las empresas públicas de la Generalidad deben reservar determinados contratos administrativos de obras, suministros o servicios a centros de inserción laboral de disminuidos, empresas de inserción sociolaboral reguladas por la Ley 27/2002, de 20 de diciembre, sobre medidas legislativas para regular las empresas de inserción sociolaboral, o a entidades sin afán de lucro que tengan como finalidad la integración laboral o social de personas con riesgo de exclusión social, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por las normas del Estado y de la Generalidad que los sean aplicables y que su finalidad o su actividad, de acuerdo con sus normas reguladoras, estatutos o reglas fundacionales, tenga relación directa con el objeto del contrato.

2. Los objetos contractuales susceptibles de reserva son las obras y servicios de conservación y mantenimiento de bienes inmuebles; los servicios de mensajería, correspondencia y distribución, de artes gráficas, de limpieza y lavandería, de restauración y de recogida y transporte de residuos, y los servicios y suministros auxiliares para el funcionamiento de la Administración. Sin embargo, los órganos de contratación pueden ampliar la reserva a otros objetos contractuales, dependiendo de la adecuación de las prestaciones a las peculiaridades de los centros, empresas y entidades a que se refiere el presente artículo.

3. Los contratos reservados son exclusivamente los adjudicados como contrato menor o por procedimiento negociado por razón de la cuantía económica, de acuerdo con los umbrales establecidos por la legislación de contratos de las administraciones públicas. Con los mismos límites cuantitativos aplicables a los procedimientos negociados, los órganos de contratación pueden no utilizar los procedimientos derivados del sistema de contratación centralizada cuando se pretenda adjudicar, mediante reserva social, alguna de las prestaciones a que se refiere el apartado 2.

4. Los contratos reservados deben someterse siempre al régimen jurídico establecido por la normativa vigente reguladora de la contratación pública, sin que en ningún caso pueda requerirse la constitución de garantías provisionales o definitivas.

5. Las entidades a que se refiere el apartado 1 que quieran ser contratadas en cumplimiento de las medidas reguladas por este artículo deben inscribirse previamente en el Registro de Licitadores de la Generalidad.

6. El Gobierno debe fijar, al inicio de cada ejercicio, la cuantía económica de la reserva social que debe aplicar cada departamento, incluyendo los organismos o empresas públicas vinculadas o dependientes. El importe fijado no debe superar el 20% del importe contratado en el ejercicio anterior mediante contratos menores o procedimientos negociados por razón de la cuantía en los contratos que tienen por objeto las prestaciones a que se refiere el primer inciso del apartado 2.

7. Las entidades que integran la Administración local de Cataluña pueden aplicar la reserva social establecida por el presente artículo en los términos que establezca el acuerdo correspondiente del pleno de la corporación.»

Análisis

En el momento actual, la legislación de contratos en España –cuya adaptación a la normativa comunitaria se encuentra en fase de anteproyecto- no regula la reserva de mercado para las empresas de inserción y la Directiva Comunitaria hace exclusiva referencia a personas con discapacidad, por lo que a falta de regulación específica nos queda la posibilidad de una interpretación extensiva de la norma por analogía: ¿Cabe entender que esta regulación es válida no sólo para los denominados programas de empleo protegido sino también para las empresas de inserción? ¿Cabe entender que esta reserva puede realizarse cuando las y los trabajadores sean personas en situación de exclusión y no sólo personas con discapacidad?

Para responderlo, debemos citar la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea, de 15 de octubre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos. Esta no era limitativa y decía literalmente: "Así, podrán admitirse las prácticas consistentes en reservar contratos en favor de ciertas categorías de personas, por ejemplo, los discapacitados (talleres protegidos) o los desempleados". Es decir la Comunicación

Interpretativa citaba a las personas con discapacidad a título de ejemplo e incluía además a los desempleados, pero la validez la extendía a ciertas categorías de personas, lo que facilita sin duda la aplicación de la analogía.

Además, debemos tener en cuenta los umbrales cuantitativos comunitarios por debajo de los cuales no resulta aplicable la Directiva Comunitaria 2004/18/CE, este es el caso de los contratos menores y del procedimiento negociado sin publicidad, por lo que la alusión a las personas con discapacidad no resulta limitativa. Hay que tener pues en cuenta la capacidad normativa, no sólo del Estado o las Comunidades Autónomas con la competencia asumida en materia de contratos públicos, sino que también las entidades locales, disponen de capacidad para dictar este tipo de reservas. Así lo demuestra la normativa aprobada por la Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas, aprobada por la Generalitat de Cataluña sobre reserva de mercados para empresas de inserción.

La no extensión a las empresas de inserción de la posibilidad de reserva de mercado establecida en la Directiva Europea nos llevaría en caso contrario a situaciones por completo absurdas y contrarias al espíritu de la ley: ¿Se podría así realizar una reserva de mercado para empresas de inserción que únicamente contratan discapacitados y no a las que contratan por ejemplo ex-reclusos? ¿Y cuál sería el porcentaje de plantilla con personas discapacitadas que habilitaría a una empresa de inserción a ser partícipe de esta reserva: el 10%, el 50%, ó el 100%?

El sentido de la Directiva y de la Comunicación Interpretativa resultan claros, la reserva de mercado se establece para las empresas que contratan a personas que "no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales", los antecedentes realizados en el Libro Verde o la Comunicación Interpretativa evidencian este alcance. En consecuencia debemos entender –como así han realizado en Cataluña y el borrador de la Ley de Contratos de Navarra- que la analogía es aplicable a las empresas de inserción y la reserva de mercado en su favor resulta por completo válida y legalmente admisible.

1.4. LA SOLVENCIA TÉCNICA COMO REQUISITO DE SELECCIÓN DE EMPRESAS DE INSERCIÓN

Tras analizar y afirmar las posibilidades que el contrato menor, el procedimiento negociado sin publicidad y la reserva de mercado nos ofrecen, nos planteamos si en cualquier concurso o subasta, procedimiento abierto, negociado o restringido pudieran los poderes adjudicadores exigir la acreditación de experiencia en inserción sociolaboral, lo que en la práctica supondría que sólo podrían participar en la licitación las empresas de inserción.

Legislación

El artículo 15 del TRLCAP referido a la capacidad de las empresas, indica que: ["Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional"].

Los artículos 17 a 19 del TRLCAP, y el artículo 48 de la Directiva 2004/18/CE determinan el modo de acreditar la solvencia técnica o profesional de las empresas, que resumidos indican que podrá ser justificada por uno o varios de los medios siguientes:

- Títulos académicos y experiencia del empresario, del personal de dirección de la empresa y del personal responsable de la ejecución del contrato.
- Relación de las obras ejecutadas, servicios prestados o suministros efectuados en los últimos años.
- Declaración sobre maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución del contrato.
- Declaración sobre los efectivos personales medios anuales de la empresa.
- Declaración indicando los técnicos o las unidades técnicas de los que ésta disponga para la ejecución del contrato.
- Certificaciones establecidas por los institutos o servicios oficiales u homologados encargados del control de calidad.
- Muestras, descripciones y fotografías de los productos.

La normativa española de contratos nada dice sobre esta posibilidad, pero de especial interés resulta la Comunicación

Interpretativa de la Comisión Europea, de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos. En su apartado 1.3.2. "Integración de aspectos sociales al comprobar la capacidad técnica de los candidatos o licitadores" se dice literalmente lo siguiente:

> **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 de la empresa, a tenor de lo anteriormente señalado, para ejecutar un determinado contrato.

Merece la pena citar lo expuesto en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de la Sección 5ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1.996: "Como ya hemos dicho, el principio general que rige la materia, es el de que la clasificación del contratista le habilita para concurrir a los contratos que pretenda realizar la Administración. Ello no implica, sin embargo, que la Administración no pueda introducir requisitos específicos, por vía de Condiciones Particulares. Esta posibilidad está contemplada en los artículos 110 y 312 del Reglamento de Contratación. Pero tanto por la naturaleza de los Pliegos de Condiciones Particulares, como por el contenido de los artículos 110 y 312 citados, tales criterios objetivos han de ser: precisos, justificados y habrán de tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios, experiencia en modernas tecnologías, programación de la obra y criterios análogos".

Análisis

Es importante discernir que nos encontramos ante un criterio que analiza la aptitud de las empresas para ejecutar debidamente el contrato, lo que determina su admisión o no a la licitación, no se trata de un criterio de selección de contratistas ni un sistema restringido; las diferencias son notables ya que al hablar de capacidad para contratar no se incurre en ningún tipo de discriminación.

Entonces, ¿puede una licitación admitir como candidatos o licitadores exclusivamente a las empresas de inserción? La respuesta es que no es posible hacer uso de esta cláusula en todos los contratos ni de manera general, pero sí en determinados casos y con estricto respeto a ciertos requisitos, a saber:

- Únicamente podría restringirse el acceso a la licitación a empresas de inserción cuando el objeto [33] y el contenido del contrato requieran una capacidad técnica y una experiencia en inserción sociolaboral, de la que únicamente disponen las empresas de inserción o aquellas con experiencia en este ámbito, ya que por pura lógica éstas serán las únicas capaces y solventes técnicamente para llevar a cabo el contrato con las debidas garantías.

- La exigencia de capacidad técnica en la materia deberá ser lógica, objetiva, proporcionada y razonable.

- Además esta capacidad para llevar a cabo un proceso de inserción sociolaboral deberá acreditarse de manera fehaciente, no bastando una declaración de la propia empresa, y sirviéndose por ejemplo de informes de organismos públicos, pero es importante posibilitar que pueda acreditarse mediante otros medios de prueba admitidos en derecho, con ello no incurriremos en restricciones que pudieran vulnerar la libre concurrencia y evitamos cualquier atisbo de arbitrariedad.

- La limitación a empresas de inserción sólo será admisible en el caso de que la contratación de personas en situación de exclusión sea relevante y determinante en la ejecución del contrato, y se requiera una cualificación y experiencia específica para ello. Es decir no será válido si el número de personas a contratar es poco significativo, o no se establecen obligaciones adicionales de acompañamiento social, o sean los servicios públicos quienes realicen esta labor.

- Resulta aconsejable no restringir la admisión únicamente a empresas de inserción ya que su definición resulta restrictiva, es mejor establecerlo para "empresas capacitadas y con experiencia en inserción sociolaboral" o "empresas de inserción o similares", ya que toda restricción en una licitación pública suscita reticencias jurídicas y con la segunda redacción no se condiciona la participación por la tipología u objeto social de la empresa sino por sus capacidades técnicas objetivas.

33-Véase el apartado relativo al Objeto del Contrato al citar cuestiones jurídicas complementarias.

- En cuanto a salvaguardas y procedimiento, téngase en cuenta que la exigencia de capacidad técnica relativa a la inserción sociolaboral debe realizarse en condiciones de transparencia, justificarse en el expediente, establecerse en el objeto del contrato, indicarse en el anuncio de licitación y que se deberán indicar en el pliego de condiciones los criterios que se utilizará para la selección así como el nivel de capacidades específicas requeridas.

Este criterio ha sido avalado por diferentes órganos consultivos en materia de contratación administrativa como la Junta Consultiva de la Generalitat de Cataluña en su Recomendación 1/2001, de 5 de abril; en el Informe 4/2001 de 23 de noviembre de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña; en el Informe 11/99, de 30 de junio de la Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda; o en la Recomendación 5/2001, de 27 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

Al respecto, en el asunto Beentjes [34] , el Tribunal Europeo dictaminó que el requisito de contratar a desempleados de larga duración no guardaba relación alguna con la aptitud de los licitadores ni su capacidad técnica (apartado 28 de la sentencia). No deduzcamos por ello que no pueda limitarse la licitación a empresas de inserción por la vía de la solvencia técnica, sino que entendamos que puede hacerse exclusivamente cuando el contenido de inserción laboral sea determinante. Así, en el caso Beentjes, el tribunal reconoció la posibilidad de utilizar la experiencia para valorar la capacidad técnica pero que no era aplicable al caso, puesto que entendió que cualquier empresa podía contratar a personas desempleadas y por lo tanto no podía constituir un requisito de capacidad.

Extrapolado el razonamiento al ámbito de la inserción sociolaboral podemos deducir que si el número de trabajadores o trabajadoras de inserción es escaso o su perfil de empleabilidad es alto, o incluso el acompañamiento se va a prestar por otra entidad pública o privada, cualquier empresa podrá ejecutar el contrato. A *sensu contrario* si el componente de inserción es elevado o debe ejecutarlo con sus propios medios, se podrá requerir capacidad técnica específica y demostrada, con lo que se limitaría a empresas con experiencia en inserción sociolaboral.

En suma, nada hay de irracional, subjetivo ni desproporcionado cuando en una adjudicación en la que se exija o contemple la contratación de colectivos desfavorecidos, se admita a la licitación únicamente a aquellas entidades con experiencia acreditada en la materia. Más aún, afirmamos que la legislación incluso obliga a ello, ya que la propia normativa exige acreditar la capacidad y solvencia técnica para ejecutar correctamente el contrato que se está licitando.

El hecho de solicitar una determinada solvencia técnica no supone limitar la concurrencia sino que es una garantía contractual y no deben confundirse ambos conceptos; tampoco supone vulnerar el principio de no discriminación el hecho de que unas pocas empresas puedan cumplir este requisito.

Otra cuestión sería si es posible exigir la inscripción en un Registro de Empresas de Inserción como un requerimiento de solvencia técnica para limitar de esta manera la concurrencia.

Así pudiera parecer de la lectura del Considerando 45 de la Directiva 2004/18/CE [35], pero no es recomendable, ya que un sector doctrinal –no unánime- interpreta que los artículos 17 a 19 del TRLCAP, y el artículo 48 de la Directiva 2004/18/CE establecen un listado exhaustivo, por lo que no caben otros medios de acreditación. Pero además los registros de empresas de inserción no son prueba ni garantía de que una empresa esté capacitada para ejecutar debidamente el contrato o cumpla las características técnicas requeridas. Por último pudieran existir empresas no inscritas pero con solvencia técnica suficiente en relación con la inserción laboral, por ello aconsejamos especificar cuál es la capacidad técnica requerida aludiendo a personal técnico de inserción, experiencia acreditada y porcentaje de plantilla compuesta por personas en riesgo de exclusión como un medio objetivo y cuantificable de acreditar la solvencia profesional y la capacidad de ejecutar correctamente el contrato.

34-Asunto 31/1987, (Beentjes), STSJCE de 20 de septiembre de 1988.
35-"La presente Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros establezcan listas oficiales de contratistas, proveedores o prestadores

2. CRITERIO DE VALORACIÓN

Vamos a abordar la introducción de cláusulas sociales en la fase de evaluación de las ofertas, refiriéndonos a la valoración de dos criterios diferenciados: en primer lugar el hecho de tratarse de una empresa de inserción, y en segundo la contratación de personas en situación o riesgo de exclusión social.

2.1. PUNTUACIÓN POR SER UNA EMPRESA DE INSERCIÓN

Existen varias adjudicaciones con cláusulas sociales, cuyos pliegos han considerado en fase de evaluación alguno de los siguientes criterios:

- Ser una empresa de inserción.
- Ser una entidad cuyo objeto social o estatutario sea la inserción sociolaboral.
- Poseer una plantilla compuesta por un determinado porcentaje de personas en situación de exclusión.
- Ser una entidad sin ánimo de lucro.

Todos estos criterios son asimilables en el mismo análisis y puntúan las características de la empresa, pero su legalidad resulta controvertida, puesto que un amplio sector considera que no afecta en absoluto a la ejecución del contrato y en todo caso se trataría de un aspecto a considerar en fase de admisión.

Argumentos contrarios

Se oponen a su inclusión por ejemplo la Junta Consultiva de la Comunidad de Baleares en el Informe 4/02 de 27 de junio de 2002. En el mismo sentido se pronuncia la Junta Consultiva de la Generalitat de Cataluña en su Recomendación 1/2001 de 5 de abril, al igual que la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en su Informe 4/2001, de 23 de noviembre de 2001.

También lo hace la Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda, en su Informe 48/98, de 16 de diciembre de 1998, de la forma siguiente: "Por lo demás la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene un precepto significativo que viene a demostrar que cuando se quieren incluir características de la empresa entre los criterios de adjudicación del concurso [36] se hace de manera expresa en la propia Ley y con un alcance verdaderamente limitado".

La Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea COM (2001) 566 final, indica que "Los criterios de adjudicación deben, por tanto, estar vinculados al objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución", restricción en la que no es fácil encajar las características propias de la empresa.

Argumentos favorables

También existen informes en sentido favorable y así se pronuncia por ejemplo el Dictamen 1/2003 de 21 de marzo, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana sobre "Inclusión de Cláusulas Sociales en la Contratación Pública"; y la Junta Consultiva del País Vasco, en su Informe de fecha 21 de diciembre de 2000.

Igualmente este criterio se encuentra incluso legislado, veamos:

- En materia específica de inserción sociolaboral, es ineludible la Orden Foral de Navarra 26/2000, de 27 de marzo de 2000, del Consejero de Bienestar Social, Deporte y Juventud [37], por la que se aprueban los criterios para la adjudicación mediante concurso de las obras y equipamientos del Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud, cuyo apartado 2º indica lo siguiente:

36-Se refiere al criterio de preferencia establecido en la Disposició Adicional Octava.

> Para la selección del adjudicatario se tendrán en cuenta los siguientes criterios objetivos:
> C) Cláusulas sociales: Un máximo de 3 puntos.
> Se otorgarán tres puntos a aquellos licitadores o empresas licitadoras que en el momento de acreditar su solvencia técnica tengan en su plantilla, con más de tres meses de antigüedad, a un mínimo de un 2% de trabajadores a jornada completa, o su equivalente en jornadas parciales, que se encuentren integrados en programas de incorporación socio-laboral o que habitualmente subcontraten servicios con centros y empresas cuyo objetivo principal sea la incorporación de los colectivos excluidos.

- La Disposición Adicional Octava del Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señala bajo el título de "Contratación con empresas que tengan en su plantilla minusválidos y con entidades sin ánimo de lucro":

> 1. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 %, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación.
>
> 2. En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para 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. En este supuesto, el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes.

- El anteproyecto de Ley para la modificación de la ley básica de contratos, amplía esta redacción y dice literalmente:

> Disposición adicional sexta. Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad y con entidades sin ánimo de lucro.
>
> 2. Igualmente se señalará la preferencia en la adjudicación de contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, reguladas en la Disposición Adicional Novena de la Ley 12/2001 de 9 de julio, valorándose el compromiso formal del licitador de contratar, no menos del 30% de sus puestos de trabajo a personas pertenecientes a los siguientes colectivos, cuya situación será acreditada por los servicios sociales públicos competentes.

La disposición adicional transcrita y su probable reforma, establecen un criterio de preferencia a favor de entidades sin ánimo de lucro o que contraten a personas con discapacidades o que compongan su plantilla por personas en situación de exclusión. Esta redacción resulta confusa y supone una declaración de intenciones sin efectos prácticos, ya que incorpora un concepto jurídico indeterminado como la preferencia o la prioridad, que para resultar efectiva debiera establecer meridianamente la posibilidad de primar estos aspectos en las distintas fases del contrato (admisión, evaluación, ejecución). En una licitación pública el empate es casi imposible (se valoran décimas y centésimas, y debe tenerse en cuenta la discrecionalidad de la mesa o el órgano de contratación) y cabe dudar que exista un solo caso en que la cláusula de preferencia haya dirimido una contratación.

Aferrados a la letra de la ley puede colegirse que no cabe ir más allá, pero interpretándola cabe deducir que si el legislador ha establecido una preferencia, esta puede concretarse en las licitaciones siempre que guarde relación con el objeto del contrato.

- Muy significativo es el aludido Decreto 213/98 de 17 de diciembre de la Comunidad Autónoma de Madrid por el que se establecen medidas en la contratación administrativa para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, cuyo artículo 2, relativo a Criterios objetivos de adjudicación en relación con el empleo, establece:

37-Boletín Oficial de Navarra. Número 53 , de 1 de mayo de 2000.

1. En los Pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso, además de los criterios objetivos que se establezcan conforme a lo previsto en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se incluirán necesariamente uno o varios de los siguientes criterios objetivos relativos al empleo, atendiendo a las características específicas del objeto de cada contrato:

a) Estabilidad de la plantilla de la empresa referida al mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato indefinido durante el año anterior a la fecha de presentación de la proposición.
b) Porcentaje de trabajadores con contrato indefinido en la plantilla de la empresa en el momento de presentación de la proposición, respecto del total de los trabajadores de aquélla.
c) Porcentaje de trabajadores de la plantilla de la empresa afectos a la ejecución directa del objeto del contrato.
d) Nuevas contrataciones de trabajadores vinculadas a la ejecución del objeto del contrato.
Por todos estos criterios, vinculados a la estabilidad del empleo, los pliegos de condiciones incorporarán cláusulas de las que resulte una puntuación del 20% del total de la baremación.

Resulta curioso este articulado, puesto que en sus dos primeros apartados incluye criterios relativos a las características de la empresa y en los dos siguientes criterios relacionados con la ejecución del contrato. A día de hoy y pese a todas las impugnaciones habidas se trata de criterios válidos y en vigor, lo que establece una buena medida de la admisibilidad de su inclusión.

Y al respecto se pronunció el Consejo de Estado en su dictamen de 19 de noviembre de 1998. "los criterios establecidos para la adjudicación de los contratos por concurso son objetivos y están referidos a la oferta más ventajosa para los intereses públicos, porque una de las posibles manifestaciones de seriedad y fiabilidad de una empresa puede ser precisamente la estabilidad y calidad de los contratos que ofrece a sus empleados, pudiendo ser un criterio objetivo para la adjudicación, incluso más fiable que otros señalados en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para seleccionar -siempre haciendo uso de una ponderación razonable del criterio- al contratista que corresponda, precisamente para proteger los intereses públicos presentes en la selección de la oferta más ventajosa, dado que la calidad del empleo ofrecido por una empresa, y la cualificación de sus recursos humanos, es uno de los factores objetivos que puede influir en la selección del contratista más adecuado".

- La Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, en su artículo 62.7. señala: "Los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporarán, con carácter general, entre los criterios de adjudicación el de la situación laboral de las empresas, de forma que se valore y puntúe positivamente a aquellas empresas, que en el momento de acreditar su solvencia tengan en su plantilla un número de eventuales no superior al 10 por 100."

- La jurisprudencia europea también lo admite en la Sentencia Renco [38] que dirime la validez de un criterio de puntuación basado en la experiencia de las empresas y cuyo literal dice " …así, la experiencia y la capacidad técnica de un licitador y de su equipo, la frecuencia en la realización de proyectos del mismo tipo que el del contrato en cuestión y la calidad de los subcontratistas propuestos son todos ellos elementos cualitativos que, en caso de no alcanzar el nivel requerido por el contrato, pueden provocar retrasos en la ejecución de las obras o que sean necesarias obras complementarias. Por consiguiente, aun cuando determinados criterios mencionados en el pliego de cláusulas administrativas particulares para evaluar la capacidad de un licitador de ejecutar las obras no se expresen en términos cuantitativos, pueden aplicarse, sin embargo, de forma objetiva y uniforme con el fin de comparar las ofertas y son claramente pertinentes para identificar la oferta más ventajosa económicamente.".

Análisis

Como vemos hay diversidad de opiniones jurídicas y expresar la nuestra en sentido positivo no dirime en absoluto la cuestión. Si bien respecto al resto de posibilidades de incorporar cláusulas sociales aquí analizadas no cabe albergar dudas -siempre y cuando se cumplan lo supuestos, requisitos, procedimientos y salvaguardas- en esta ocasión y pese a la jurisprudencia, informes y legislación favorables, optaremos por la prudencia y reiteramos la recomendación de valorar y puntuar la contratación de personas en situación de exclusión social, pero no la carencia de ánimo de lucro, la tipología o el objeto social de la empresa.

37-Boletín Oficial de Navarra. Número 53 , de 1 de mayo de 2000.
38-Sentencia de 25 de febrero de 2003 en el asunto T-4/01, Renco SpA. Puede consultarse en la documentación anexa en el capítulo de Jurisprudencia.

2.2. PUNTUACIÓN POR LA CONTRATACIÓN DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE EXCLUSIÓN

Esta modalidad también ha suscitado algunas controversias, por lo que antes de determinar su admisibilidad, mostraremos argumentos a favor y en contra de su validez jurídica. Anticipando la conclusión, esta fórmula resulta válida con ciertas cautelas y los dictámenes contrarios lo son por considerar como no admisibles determinados criterios de valoración que no respetaban los principios del derecho comunitario, el procedimiento o los requisitos necesarios. Por el contrario cuando estos se respetan el criterio de puntuación es válido, habiendo sido expresamente recogido en la Directiva 2004/18/CE, al igual que en el anteproyecto de ley de la ley básica de contratos del estado, lo que supone la máxima garantía y pone fin a las discusiones doctrinales.

Normativa

El TRLCAP se refiere a los Criterios para la adjudicación del concurso en artículo 86.

1. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes, de conformidad a los cuales el órgano de contratación acordará aquélla.
2. Los criterios a los que se refiere el apartado anterior se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, y podrán concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

Y el artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE indica:

Criterios de adjudicación del contrato
1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán:
a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución;
b) o bien solamente el precio más bajo.

Nada se dice sobre la contratación de personas y colectivos desfavorecidos como criterio a tener en cuenta en la adjudicación, pero esto nada presupone ya que la omisión no cuestiona su admisibilidad, del mismo modo que en la contratación de mobiliario de oficina puede valorarse la ergonomía como criterio objetivo aunque la ley no se refiera expresamente a ello.

Argumentos contrarios

- La Comisión Europea, emitió el Dictamen Motivado de 21 de diciembre de 2001 corregido por el de fecha 8 de febrero de 2002, en el que se examinan las medidas destinadas a apoyar la estabilidad del empleo y las encaminadas a favorecer la integración social de los minusválidos establecidas en el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Madrid, señalando lo siguiente: "El dictamen de la Comisión mantiene que tales criterios pueden aceptarse como cláusulas contractuales que imponen condiciones de ejecución de los contratos pero que no pueden servir en ningún caso para evaluar la oferta más ventajosa económicamente y que tales criterios deberían considerarse en su caso para apreciar la capacidad técnica de la empresa en la fase de selección de los contratistas, pero no en el momento de determinar la oferta más ventajosa económicamente".

- La Junta Consultiva de la Comunidad de Baleares, en el Informe 4/02, de 27 de junio de 2002, dice textualmente: "La Junta consultiva informa desfavorablemente, por ahora, la tramitación del proyecto de Decreto de Medidas en la Contratación administrativa de la CAIB de apoyo a la estabilidad y a la calidad del empleo, en atención a lo siguiente: a) La parte esencial e innovadora del mismo regulada en su artículo 2, se opone al criterio emanado de esta Junta en su informe 16/2001, conforme al cual las medidas de carácter social no tienen cabida como criterio de adjudicación de los contratos al no referirse al objeto de la prestación".

▸ La Junta Consultiva de la Generalitat de Cataluña en su Recomendación 1/2001 de 5 de abril, y el Informe 4/2001, de 23 de noviembre de 2001 de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, señalan como únicamente admisible el criterio de tener en cuenta los aspectos sociales previstos en la Ley para el desempate entre ofertas equivalentes conforme a la Disposición Adicional Octava.

▸ La Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, indica: "… serían incompatibles con las actuales Directivas sobre contratos públicos ... los criterios que se refieran al grado en que los licitadores empleen a una determinada categoría de personas o apliquen un programa de promoción de la igualdad de oportunidades, esto es, dicho de otro modo, de los criterios que son ajenos al objeto del contrato o a las condiciones de ejecución del mismo. Estos criterios, que no contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, quedan excluidos por las actuales Directivas, habida cuenta de que su finalidad debe consistir en hacer posible la evaluación de las cualidades intrínsecas de un producto o una prestación".

Argumentos Favorables

De entrada y en su Considerando Primero, la Directiva 2004/18/CE afirma que "**la presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular, la relativa a los criterios de adjudicación que clarifica las posibilidades con que cuentan las entidades adjudicadoras para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen a la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales**".

Jurisprudencia

Como vemos la propia Directiva hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, razón por la que merece la pena referir con brevedad algunas de las sentencias [39] más significativas y que ciertamente han terminado configurándose como fuente del derecho:

▸ En la Sentencia Beentjes de 20 de septiembre de 1988 (asunto 31/87), se acepta el criterio de puntuación por la contratación de personas desempleadas de larga duración, siempre que no sea discriminatorio y haya sido anunciado previamente.

▸ La Sentencia Nord-Pas-de-Calais (asunto C-225/98), señala que la disposición de la Directiva que obliga a adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa no impide utilizar como criterios de adjudicación aspectos no directamente económicos (cláusulas sociales), siempre que se hayan anunciado previamente y no resulten discriminatorios. El propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ha referido a esta interpretacíon en su sentencia 606/2003, fallando que "de dicha sentencia se desprende claramente que un criterio relacionado con la lucha contra el desempleo puede establecerse como criterio de adjudicación y no exclusivamente como criterio de selección de empresas".

▸ En la Sentencia Concordia Bus de 17 de septiembre de 2002 (asunto C-513/99), referida a los criterios ambientales en la contratación de autobuses se citan y reiteran los requisitos de Beentjes, añadiendo que los criterios sociales "deben estar también relacionados con el objeto del contrato". Este requisito hay que entenderlo como determinante para su admisibilidad.

▸ En la Sentencia EVN Wienstrom de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01) se indica que las normas comunitarias no se oponen a que una entidad adjudicadora establezca en la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables (45% del baremo), siempre que este criterio esté relacionado con el objeto del contrato, no confiera a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencione expresamente en el pliego y respete todos los principios fundamentales de Derecho comunitario, en particular el de no discriminación.

39-Se incluyen en el CD-ROM de documentación anexa el texto íntegro de estas sentencias

Dictámenes e Informes Jurídicos

▸ La Junta Consultiva del País Vasco, en su Informe de fecha 21 de diciembre de 2000, abre la posibilidad de la inclusión de cláusulas sociales como criterio de adjudicación en la medida que se cumplan las premisas destacadas por la Comisión, y además señala –obviamente- que no son aplicables a las subastas.

▸ El Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas, en su Dictamen de 26 de abril de 2000, sobre la propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios -COM(2000) 275 final-, afirma: "2.3. A la hora de evaluar la calidad de las ofertas, los poderes adjudicadores podrán con toda legitimidad tomar en cuenta consideraciones de carácter social o medioambiente, siempre y cuando se respete al mismo tiempo el principio de igualdad de trato".

▸ El Libro Verde, de 27 de noviembre de 1996, titulado "La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro afirma: "hay que añadir que, con respecto a los contratos inferiores a los umbrales de aplicación de las directivas, los órganos de contratación pueden incluir en los criterios de adjudicación preferencias de carácter social, siempre que se extiendan, sin discriminación alguna, a todas las entidades comunitarias que presenten las mismas características...."

▸ La Comunicación Interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001, indica: "de acuerdo con la legislación comunitaria vigente, la adjudicación de los contratos podría tener en cuenta estos aspectos sociales en la medida que incidan en el objeto del contrato o en las condiciones de su ejecución; también, cuando representen una ventaja económica para el poder adjudicador y, siempre, como un "criterio adicional" en caso de empate de ofertas".

▸ Destacamos el pronunciamiento del Consejo Económico y Social (CES) aprobando en su sesión ordinaria de 27 de mayo el Dictamen 5/1998 en relación con el Anteproyecto de Ley por el que se modificó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, admitiendo la posibilidad de incluir cláusulas sociales que pudieran ser valoradas junto con el resto en el propio pliego. El Dictamen se refería al artículo 87 de la Ley 13/1995, relativo a los criterios para la adjudicación y el concurso, y debido a su relevancia e interés con el análisis que nos concierne, lo reproducimos de manera íntegra:

> "Los criterios con arreglo a los cuales se verifica la adjudicación del contrato con la Administración no han de limitarse a una mera consideración presupuestaria, sino que han de venir integrados con el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos. En concreto, fines como la promoción del empleo, de la seguridad y salud de los trabajadores, la estabilidad en el empleo, la contratación con empresas de economía social, o aspectos medio-ambientales son factores que han de poder ser manejados para evaluar la solvencia y calidad de las ofertas de contratación.
>
> Ciertamente, la Ley no ha de imponer en todos los pliegos la consecución de tales factores, pero tampoco ha de ser un obstáculo para que en cada caso, y por cada Administración, se puedan configurar esos criterios a la hora de confeccionar los criterios de valoración del contratista. Si la creación de empleo es objetivo prioritario en la actuación de los poderes públicos, es claro que aquellas ofertas que supongan un mayor nivel de ocupación han de contar con la posibilidad de una valoración ponderada en los criterios de adjudicación del concurso.
>
> **Por todo ello, la enumeración de criterios que se lleva a cabo en el art. 87 de la Ley, como "Criterios para la adjudicación del concurso" habría de comprender una cláusula social, que pueda ser valorada junto con los demás criterios en el propio pliego**: el número de puestos de trabajo en la actividad contratada, la adopción de medidas de seguridad en el trabajo, la condición de empresa de economía social, la adopción de medidas de protección del medio ambiente, y la acreditación de determinado nivel de contratación laboral estable en la obra o servicio contratado".

La Comunidad Autónoma de Madrid y el Criterio de Valoración

Por su importancia vamos dedicar un apartado al Decreto 213/1998, de 17 de diciembre de la Comunidad Autónoma de Madrid, sometido desde el año 1998 a un verdadero culebrón de dictámenes, impugnaciones, contrainformes, recursos, denuncias, recomendaciones y sentencias, incluso en el ámbito comunitario. Veamos algunos de sus hitos:

- El Decreto 213/1998 de 17 de diciembre se aprueba por la Asamblea de la Comunidad de Madrid y tiene su origen en el Acuerdo Marco para apoyar la estabilidad y la calidad del empleo de 30 de julio de 1997, al que le sigue el Acuerdo del Consejo de Gobierno (LCM 1998\287), de 18 de junio de 1998, por el que se deciden las medidas administrativas a adoptar para el desarrollo y la ejecución del citado Acuerdo Marco. En el mismo se establecía un criterio de puntuación referido a la plantilla de las empresas (contratos indefinidos, estabilidad y nuevas contrataciones), además de un criterio de obligación y preferencia respecto a las contratación del 2% de personas con discapacidad.

- Previamente a su aprobación, el Decreto fue sometido a Dictamen del Consejo de Estado [40] 1869/1998 de 4 de junio de 1998, que informa favorablemente y resulta esclarecedor, por lo que merece la pena reproducir parte de su argumentación:

"Es conveniente señalar, que la preferencia por razones sociales en las adjudicaciones, que podría establecerse convencionalmente en los pliegos generales que en su caso se aprueben, no puede ser de tal magnitud que se convierta en una verdadera limitación: el propio Acuerdo Marco, y el proyecto de Acuerdo del Consejo de Gobierno prevén que alcanzará "una puntuación del 20% del total de la baremación, porcentaje que, sin dejar de ser importante, no es determinante, pues existe aún un 80 por ciento de la puntuación, que puede responder a otros criterios. Es claro que no pueden establecerse discriminaciones injustas, como sería que los trabajadores empleados en las empresas con preferencia para la adjudicación fueran residentes en Madrid, u otras cláusulas por el estilo, que no sólo serían discriminatorias, sino probablemente también atentatorias contra el libre establecimiento, no ya comunitario, sino incluso nacional. La propia Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, da a entender que este tipo de pactos son posibles, cuando no son discriminatorios y se establecen de modo regular, toda vez que, por ejemplo, favorece a los trabajadores que padezcan minusvalía indicando que "los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación." Este pacto, cuya licitud está declarada en la propia LCAP, aunque limitado a los trabajadores que padezcan minusvalía, es orientativo en cuanto a que los pliegos, generales o particulares, pueden condicionar las adjudicaciones por razones laborales o sociales, quedando la cuestión como pacto, y sin necesidad de la existencia de norma general que imponga lo mismo.

Algunos órganos han suscitado la duda de si la promulgación de las referidas normas en materia de contratación pública (y ahora el Consejo de Estado ha planteado, la inclusión de las oportunas prescripciones en los pliegos de cláusulas administrativas), es contraria a las Directivas comunitarias en materia de contratación pública.

A tal efecto debe recordarse que la Directiva 93/37/CEE sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, señala en su artículo 30.1, cuáles son los "criterios en que se basará el poder adjudicador para la adjudicación de los contratos", que serán, o bien únicamente el precio más bajo (lo que es propio de la subasta), o bien, cuando la adjudicación se efectúa a favor de la oferta más ventajosa (como sucede en los concursos), se establecerán "distintos criterios que variarán en función del contrato: por ejemplo, el precio, el plazo de ejecución, el costo de utilización, la rentabilidad, el valor técnico". Pero también señala la mencionada Directiva que "en el supuesto contemplado en la letra "b" del apartado 1, el poder adjudicador mencionará en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, todos los criterios de adjudicación que pretenda utilizar, si fuera posible por orden decreciente de la importancia que les sea atribuida", y además "el apartado 1 no será aplicable cuando un Estado miembro se base en otros criterios para la adjudicación de los contratos, con arreglo a una normativa vigente en el momento de adoptar la presente Directiva, que tenga como objeto que algunos licitadores tengan preferencia con la condición de que la normativa invocada sea compatible con el Tratado". Esta disposición abre la posibilidad de que la referida cláusula de creación de empleo y estabilidad laboral, cuya implantación ha sido convenida por la Comunidad de Madrid con los sindicatos más representativos de su ámbito geográfico, pueda incluirse, en los términos ponderados y no discriminatorios que han quedado dichos, en los pliegos de cláusulas administrativas generales de la Comunidad, sin que por esta causa se violente el derecho comunitario en materia de contratación de obras".

- De nuevo se solicita con carácter previo a la aprobación del Decreto un nuevo informe al Consejo de Estado que en su dictamen de 19 de noviembre de 1998 ratifica el anterior y la legalidad del criterio de valoración.

40-No es baladí que el Consejo de Estado sea el órgano jurídico de mayor rango jerárquico de España, de lo que se deduce un valor doctrinal importante.

- La Asociación de Empresas de la Construcción de Madrid (AECOM) y la Confederación Nacional de la Construcción, presenta recurso al Decreto, contra la propia Administración, y codemandando además al Comité Español de representantes de Minusválidos (CERMI), y los sindicatos UGT y CCOO, como firmantes del Acuerdo Marco.

- En el ámbito comunitario [41] el Decreto va pasando por diversos avatares: la Comisión Europea, el 21 de diciembre de 1998, envía una carta al Representante Permanente de España ante la Unión Europea, indicando una posible incompatibilidad con el Derecho comunitario de los criterios de adjudicación aprobados en el Decreto. En contestación se elaboró y remitió informe elaborado por la Dirección de Servicios Jurídicos confirmando y ratificando los argumentos jurídicos y su validez conforme al derecho nacional y comunitario. El Eurodiputado D. Carlos Carnero González (PSE) realizó una pregunta escrita a la Comisión el 11 de febrero de 1999. A instancias de la Comisión se promovió una Reunión Paquete de Contratación Pública el 26 de octubre de 1999 en el Ministerio de Asuntos Exteriores. El Sr. Bolkestein en nombre de la Comisión envió una Carta de Emplazamiento, el 12 de mayo de 2000, etcétera, etcétera.

- El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se pronuncia sobre el recurso y el Decreto en su sentencia de 30 de mayo de 2003, y considera admisible como criterio de adjudicación la estabilidad en el empleo ya que no supone un incumplimiento del art. 85 del TRLCAP. Así indica: "Pues bien, del examen del Decreto impugnado se desprende que por este, no se establece una nueva condición limitativa para la contratación; ello no tiene lugar por una parte por la normativa relativa a los criterios objetivos de adjudicación en relación con el empleo establecidos en el art. 2 del Decreto puesto que la misma no establece sino unos criterios que han de incluirse en los Pliegos de Cláusulas administrativas particulares que pueden o no ser cumplidos por las empresas concurrentes a la adjudicación del contrato, pero que no prohíben ni limitan tal concurrencia con independencia de que su cumplimiento pueda alcanzar una determinada ponderación (20%), del total de la baremación sin que por otra parte tales criterios requieran siempre una valoración de los trabajadores con contrato indefinido de la empresa y así acontece con los criterios previstos en los apartados".

- Aún a principios del año 2006 sigue sin resolverse el asunto. Nada menos que siete años después de su aprobación, la Comisión Europea anunció en Bruselas el 14 de diciembre de 2005 su intención de presentar un recurso contra España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a la disposición sobre la estabilidad en el empleo aplicada por la Comunidad de Madrid.

Tras consultar con los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid, parece que se derogará el Decreto en lugar de mantener la postura y esperar el resultado de la sentencia, por lo que quizá desconozcamos el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE, lo que de modo probable supondría una reiteración en la doctrina jurisprudencial, admitiendo la inclusión de cláusulas sociales como criterio de adjudicación de los contratos.

Extraigamos algunas consideraciones:

- Existe una notoria disparidad de criterio respecto a la legalidad de la cláusula social según quien se pronuncie al respecto. ¿Unos son mejores o peores juristas que otros? Sin duda que no, simplemente su admisibilidad rebasa el límite estrictamente jurídico para convertirse en una cuestión de política social, en un conflicto de intereses o en una toma de postura ideológica.

- Y efectivamente, una cuestión que pudiera ser técnica o meramente legislativa ha devenido en una pugna ante los tribunales planteada por la Asociación de Constructores y Empresarios de la Comunidad de Madrid, frente a las centrales sindicales y las asociaciones de personas discapacitadas. El motivo de la discordia: la contratación pública en relación con la estabilidad en el empleo y su fomento para personas con discapacidad.

- El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Consejo de Estado, los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid y la jurisprudencia europea han avalado reiterada y firmemente la inclusión y legalidad de cláusulas sociales como criterio de adjudicación de los contratos públicos.

- Con todo ello, quede claro que el Decreto no ha contado con ningún pronunciamiento contrario de los tribunales, aun-

41-Para mayor detalle, véase artículo de Alicia Sánchez Cordero Magistrada de lo Contencioso-Administrativo en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, número 9 de enero de 2001, que aparece en el anexo de esta publicación

que sí recursos (perdidos) y quejas provenientes de instituciones o personas tan poco proclives a la política social como el señor Bolkestein, lo que consigue extender sombras de duda, pero no deja de ser sino una postura de parte o una prevalencia de intereses particulares sobre los generales.

El Anteproyecto de la Ley de Contratos del Estado

Aunque se encuentra en fase de tramitación y no se espera su aprobación definitiva antes de 2007, resulta altamente positivo y significativo que la adaptación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del Estado a la Directiva 2004/18/CE, recoja expresamente la inclusión de criterios sociales en fase de valoración [42] :

Subsección 4ª. Selección del adjudicatario.
Artículo 134. Criterios de valoración de las ofertas.
1. **Para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios objetivos vinculados al objeto del contrato, tales como** la calidad, el precio y, en su caso, la fórmula de revisión del mismo, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, **características medioambientales o sociales**, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Conclusiones

- Absolutamente determinante resulta la jurisprudencia comunitaria, y así la Sentencia Nord-Pas-de-Calais [43] (asunto C-225/98) indica en sus fundamentos 46 a 54 que la inclusión de un criterio de adjudicación adicional relacionado con la lucha contra el desempleo era perfectamente admisible y compatible con el derecho comunitario.

- En caso de mantenerse la redacción del artículo 134 del Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del Estado, se acabó la discusión y se cierra la interpretación puesto que admite la inclusión de cláusulas sociales en fase de puntuación de manera expresa e inequívoca.

- En caso de enmendarse su redacción, lógicamente habría que ver el resultado, pero insistimos que la ausencia expresa de regulación no significa su prohibición, ya que si la ley no limita no puede ser restrictiva su interpretación.

- Así las cosas, la contratación de personas en situación de exclusión como criterio social a valorar puede válidamente encardinarse dentro de los conceptos de "calidad", "valor técnico" o "rentabilidad" que enumera expresamente el actual artículo 86 del TRLCAP.

- Además la relación de criterios de adjudicación del artículo 86 (precio, plazo, fórmula de revisión, calidad, valor técnico, etc..), no supone una enumeración exhaustiva ni constituye un *numerus clausus*, sino que es meramente ejemplificativa, lo que nos permitiría introducir otros criterios incluidos los sociales en el baremo a considerar en la adjudicación.

- Todo criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio. Su finalidad es permitir a los poderes adjudicadores comparar las ofertas de manera objetiva, a fin de determinar la que mejor responde a sus necesidades en el marco de un contrato dado. En consecuencia y por pura lógica si en el objeto del contrato hemos definido la inserción laboral de personas en situación desfavorecida, este aspecto es perfectamente evaluable en la fase de valoración.

- Esta valoración no supone una prohibición de contratar, ni una condición de ejecución, ni un criterio de admisión, sino un criterio objetivo que sirva de base para la selección del contratista y que la empresa libremente opta por asumir para obtener la puntuación establecida.

- Adviértase además la mayor libertad para su incorporación en los contratos que no alcanzan el umbral comunitario o

42-Adjuntamos el texto completo del anteproyecto de Ley en el apartado del CD relativo a Legislación de Contratos.
43-Véase la sentencia completa en el apartado del CD relativo a Jurisprudencia.

que están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, puesto que sólo están sometidos a las reglas generales del Derecho comunitario [44].

- Cabe recordar que otra posibilidad se establece con la admisibilidad de variantes, ya que si bien no es factible que en todas las licitaciones se incluya la contratación de personas con dificultades de acceso al empleo, sí puede contemplarse esta opción como propuesta de mejora, valorándose dicho compromiso en la ejecución del contrato.

- Por último en cuanto a procedimiento y salvaguardas debe tenerse en cuenta:

  - Deberá haber relación directa entre el objeto del contrato y el criterio de adjudicación.
  - La puntuación debe ser razonable y acorde al objeto del contrato, el fin perseguido y la naturaleza de la prestación.
  - Se hace hincapié en que la puntuación otorgada no sea determinante sobre el baremo total, y en ningún caso se atribuya a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección.
  - Los criterios deberán ser objetivos y cuantificables, indicados de modo decreciente e incorporados en el pliego de cláusulas administrativas.
  - Los criterios deben mencionarse expresamente en el pliego de condiciones y en el anuncio de licitación.
  - Obviamente se deben respetar todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y muy en particular el principio de no discriminación mediante el establecimiento de ventajas para las empresas nacionales.

2.3. LA ADMISIBILIDAD DE VARIANTES

El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece en su artículo 87:

Admisibilidad de variantes.

1. El órgano de contratación sólo podrá tomar en consideración las variantes o alternativas que ofrezcan los licitadores cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad. En este supuesto, el pliego precisará sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada la presentación de variantes o alternativas.
2. La circunstancia de autorización de variantes se hará constar, además, en el anuncio de licitación del contrato.

La Directiva 2004/18/CE en su artículo 24 se refiere también a las Variantes:

1. Cuando el criterio de adjudicación del contrato sea el de la oferta económicamente más ventajosa, los poderes adjudicadores podrán autorizar a los licitadores a presentar variantes.
2 Los poderes adjudicadores indicarán en el anuncio de licitación si autorizan o no autorizan las variantes; en caso de que falte dicha mención, las variantes no estarán autorizadas.
3. Los poderes adjudicadores que autoricen las variantes mencionarán en el pliego de condiciones los requisitos mínimos que deberán cumplir las variantes, así como las modalidades de su presentación.
4. Sólo se tomarán en consideración las variantes que cumplan los requisitos mínimos exigidos.

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

"Los poderes adjudicadores pueden tomar en consideración las variantes presentadas, las cuales les permiten elegir la opción que mejor responde a sus exigencias económicas y sociales, sin dejar de satisfacer los requisitos mínimos impuestos en el pliego de condiciones".

E incluso en negrita indica: "**De forma general, los poderes adjudicadores, al definir los productos o servicios que desean adquirir, pueden, incluso recurriendo a variantes, optar por bienes, servicios u obras que se ajusten a sus**

44-Ver apartado de cuestiones jurídicas complementarias relativo a los umbrales comunitarios

preocupaciones sociales, siempre que esta elección no dé lugar a un acceso restringido al contrato en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros".

De esta manera es posible incluir cláusulas sociales que valoren la contratación de personas y colectivos desfavorecidos como una variante o mejora a proponer por la empresa licitadora, para lo que previamente la administración adjudicadora deberá haber establecido tal posibilidad, haciéndolo constar en el anuncio de licitación y en el Pliego de Cláusulas Administrativas

3. COMO CONDICIÓN DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Una vez baremado, adjudicado y formalizado el contrato, la empresa contratada debe obviamente ejecutarlo, cumpliendo todas las obligaciones impuestas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. El artículo 49.5 del TRLCAP indica que los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos, al igual que ocurre con las prescripciones técnicas.

Aquí la cláusula social forma parte del contrato y la obligación de contratar a personas en situación o riesgo de exclusión social, o la de ejecutar un proyecto de inserción sociolaboral, o la reserva de un porcentaje o un número de puestos de trabajo para personas con dificultades de acceso al empleo deberá ser ejecutada por la empresa adjudicataria, ya que su incumplimiento daría lugar a la rescisión del contrato y/o la imposición de sanciones.

Legislación

Esta posibilidad no reviste duda alguna sobre su admisión y presenta unánime aceptación, inclusive anteriormente a la Directiva 2004/18.

▸ Reproducimos parte del texto de La Comunicación Interpretativa de la Comisión, de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final:

"**Una posible forma de fomentar la persecución de objetivos sociales es la aplicación de cláusulas contractuales o condiciones de ejecución del contrato**, siempre que ésta se ajuste al Derecho comunitario y, en particular, que no tenga un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de los demás Estados miembros.

Los poderes adjudicadores cuentan con un amplio margen de maniobra a la hora de elaborar cláusulas contractuales en materia social. A modo de ejemplo, éstas son algunas de las condiciones particulares adicionales que, siempre que se cumplan los requisitos antes señalados, podrían imponer al titular del contrato, atendiendo a objetivos de carácter social: … la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación".

▸ La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, indica por su parte en su artículo 26, referido a las condiciones de ejecución del contrato:

"Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental".

▸ Los informes y dictámenes jurídicos señalan también de manera unánime la posibilidad de establecer criterios sociales como condición de ejecución y en algunos casos se refieren específicamente a la contratación de personas en situación o riesgo de exclusión. Valga entre muchos referir el Informe 16/01, de 29 de noviembre de 2001 de la Junta Consultiva de las Islas Baleares. La Recomendación 1/2001, de 5 de abril de la Junta Consultiva de la Generalitat de Cataluña, y el Informe 4/2001, de 23 de noviembre de 2001, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de

la Generalitat de Cataluña. O el Dictamen 1/2003 de 21 de marzo, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana sobre "Inclusión de Cláusulas Sociales en la Contratación Pública".

▸ La Junta Consultiva del País Vasco en su Informe de 21 de diciembre de 2000, sobre una propuesta del Parlamento Vasco relativa a la inclusión de cláusulas de contenido social en las adjudicaciones públicas que valoren los compromisos de contratación de las empresas adjudicatarias a personas acogidas a los planes de lucha contra la pobreza; indica: "con posibilidad de aplicarse a cualquier tipo de procedimiento (subasta, concurso y negociado) podría establecerse en los pliegos, como condición de ejecución, la obligación del adjudicatario de adoptar medidas de carácter social, siempre que se respeten los principios fundamentales del Derecho comunitario, y en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios ".

No merece la pena extenderse puesto que se trata de una tipología de cláusulas sociales que no genera atisbo de duda ni controversia alguna sobre su legalidad. Recordemos tan solo las salvaguardas y el procedimiento:

⏩ Ajustarse a todas las normas procedimentales y principios de las Directivas y en concreto, a las relativas a la publicidad, transparencia y no discriminación.

⏩ No pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas, ni referirse a la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica, ni a los criterios de adjudicación.

⏩ Estas condiciones de ejecución deben mencionarse en el anuncio de contrato, a fin de que todos los candidatos o licitadores tengan conocimiento de ellas.

⏩ Deberán detallarse en los pliegos de cláusulas o en las prescripciones técnicas.

La contratación de personas de la propia localidad

En ocasiones algunas adjudicaciones inclusivas de cláusulas sociales, señalan en sus pliegos como condición de ejecución o como criterio de puntuación la contratación de personas desempleadas del propio municipio o localidad.

Al igual que no se pueden establecer discriminaciones entre empresas nacionales o extranjeras, tampoco es posible hacerlo respecto a los trabajadores de uno u otro país comunitario, ya que se incurriría en una discriminación por razón de la nacionalidad. Al respecto citamos la Recomendación 1/2001, de 5 de abril de la Junta Consultiva de la Generalitat de Cataluña:

> "51. Una condición que viniera sencillamente a exigir al adjudicatario que emplease a cierto número o a un porcentaje de parados o de trabajadores largo tiempo en situación de desempleo, o de jóvenes desempleados para la ejecución de las obras públicas contratadas no parecería resultar discriminatoria con respecto a los licitadores de otros Estados miembros. Todos los licitadores, nacionales o extranjeros, estarían obligados a contratar a personas en el paro y todos ellos tendrían las mismas oportunidades (y dificultades) para hacerlo.
>
> 52. Sin embargo, una cláusula que exigiera al adjudicatario emplear a un determinado número de residentes en la zona de que se tratara resultaría, a primera vista, discriminatoria. Muy probablemente las empresas locales estarían ya empleando a residentes de la zona y, en cualquier caso, conocerían a fondo el mercado local de mano de obra. A las empresas de otras localidades y, sobre todo, a otros Estados miembros les resultaría mucho más difícil emplear a residentes y tendrían que sondear el mercado laboral de la zona a partir de cero. Por consiguiente, correrían el riesgo de verse en situación de desventaja".

En el mismo sentido se expresa el Considerando 30 de la Sentencia Beentjes: "La exigencia de emplear trabajadores en paro prolongado podría, en concreto, infringir el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad consagrado en el apartado 2 del artículo 7 del Tratado, en el caso de que se comprobara que sólo los licitadores nacionales pueden cumplir tal condición o bien que su cumplimiento resulta mucho más difícil en el caso de los licitadores de otros Estados miembros. Corresponde al Juez nacional comprobar, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, si la exigencia de dicho requisito tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta".

Compaginar la no discriminación con la intención de una administración local para que sean las personas desempleadas de su localidad las que se beneficien de la cláusula social es más sencillo de lo que parece. Para evitar cualquier problema jurídico, es suficiente la redacción de una cláusula que exigiera al adjudicatario el contratar a un determinado número de trabajadores integrantes de un programa municipal de inserción laboral, siempre y cuando se informe y facilite a las empresas nacionales y comunitarias en las mismas condiciones; y además se permita la contratación de trabajadores de otros estados miembros (o de otro municipio o comunidad autónoma), que cumplan equivalentes características sociolaborales o estén inscritos en similares programas de acceso al empleo.

En verdad se consigue idéntico resultado sin señalarlo de manera explícita en los pliegos, ya que la experiencia demuestra que las empresas contratan a personas del territorio por la propia facilidad de gestión del personal y debido a que los propios servicios de empleo o sociales facilitan esta labor.

4. CUESTIONES JURÍDICAS COMPLEMENTARIAS

4.1. LEGISLACIÓN DE REFERENCIA

- La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Norma de máximo rango y a la que debe adaptarse la legislación de contratos de los estados miembros de la Unión Europea antes de enero de 2006.

- El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP). En la fecha de cierre de edición de esta publicación se halla en fase de tramitación la modificación de esta Ley para adaptarla a la Directiva Comunitaria citada, cuyo anteproyecto también adjuntamos.

- Por su indudable valor referencial, aludimos con frecuencia a la Comunicación Interpretativa de la Comisión, de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos.

4.2. APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS

En demasiadas ocasiones la reticencia jurídica con que nos topamos en la aplicación e implantación de cláusulas sociales es la referencia a las Directivas Comunitarias como si de las Tablas de la Ley se tratasen, y dando por supuesto que estas no lo permiten. No se trata de emular a Moisés y romperlas, pero sí de advertir que las Directivas sobre contratación pública tienen por objetivo sentar los principios básicos y armonizar los procedimientos que ha de utilizar cada estado miembro para la adjudicación de contratos de un importe igual o superior a una determinada cuantía.

- Así, la Directiva 2004/18/CE se refiere en su artículo 7º a los umbrales económicos a partir de los cuales debe aplicarse la misma, y dice: " La presente Directiva se aplicará a los contratos públicos … cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:
a) 162.000 ó 249.000 euros respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios (según casos y considerando algunas excepciones).
c) 6.242.000 euros respecto de los contratos públicos de obras.

- Ya el Libro verde de la Comisión Europea, de 27 de noviembre de 1996, COM (96) 583 final, titulado "La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro", señalaba: "5.43. … hay que añadir que respeto a los contratos inferiores a los umbrales de aplicación de las directivas, los órganos de contratación pueden incluir en los criterios de adjudicación preferencias de carácter social, siempre que se extiendan, sin discriminación alguna, a todas las entidades comunitarias que presentan las mismas características".

- Y lo ratifica la Comunicación Interpretativa de la Comisión, de 15 de octubre de 2001, en su capítulo segundo, bajo el título de Contratos públicos no regulados por las Directivas: "Las Directivas comunitarias sólo se aplican a determinados contratos públicos, concretamente aquellos cuyo importe es igual o superior al mínimo fijado. El Derecho comunitario deja a los Estados miembros la responsabilidad de decidir si los contratos públicos no contemplados en las Directivas comunitarias deben o no quedar sujetos a las normas nacionales en la materia.

Los Estados miembros tienen, asimismo, la facultad de decidir, dentro de los límites fijados por el Derecho comunitario, si los contratos públicos no contemplados en las Directivas pueden, o incluso deben, perseguir objetivos que no sean el de la «mejor relación calidad-precio», al que apuntan las Directivas sobre contratación pública. Sin perjuicio de la normativa nacional en la materia, **en lo tocante a estos contratos, los poderes adjudicadores disfrutan de total libertad para definir y aplicar criterios sociales de selección y adjudicación en el marco de sus procedimientos de contratación pública**, siempre que observen las normas y los principios generales del Tratado CE, lo que implica, en particular, una transparencia suficiente y la igualdad de trato de los licitadores".

- El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública [45], señala que: "Dados los importes de los umbrales comunitarios tan elevados, en la práctica la mayoría de los contratos, solo deberán respetar los principios de publicidad y concurrencia, escapando así de la estricta normativa de contratación pública".

Está claro: por debajo de dichas cuantías, los estados miembros gozan de amplia libertad para definir y aplicar criterios sociales de selección y adjudicación. Por lo que tengamos presente que dependiendo de los umbrales económicos referidos, los poderes adjudicadores disponen de la facultad de introducir criterios sociales, siempre que se respeten los principios generales de la contratación.

4.3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA CONTRATACIÓN

La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.

4.4. EL OBJETO DEL CONTRATO

La cuestión del objeto del contrato posee un valor referencial en el proceso de adjudicación y ejecución de los contratos públicos, razón por la que ha sido citado con abundancia en el análisis jurídico y deseamos aquí remarcarlo, ya que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato deben estar directamente vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo.

En la introducción de cláusulas sociales referidas a la incorporación sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión, será conveniente cuando no imprescindible hacerlo constar en el objeto del contrato. Además el poder adjudicador puede incluso recurrir al uso de variantes consignando en el pliego definiciones alternativas del objeto del contrato. Analicemos si en verdad la inserción social puede figurar como objeto del contrato:

- En primer lugar el TRLCAP dice en su artículo 4º que: "La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos." Y en el artículo 13º que: "el objeto de los contratos deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente de contratación".

45-Publicado el 14 de marzo de 2005. BOE núm. 62.

▸ Además la Comunicación Interpretativa de 15 de octubre de 2001 sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, señala

> "**La primera ocasión de integrar aspectos sociales en un contrato público se presenta en la fase inmediatamente anterior a la aplicación de las Directivas pertinentes, es decir, en el momento de la elección del objeto del contrato o, simplificando, cuando se plantea la pregunta "¿qué deseo construir o comprar como Administración pública?** En esta fase, los poderes adjudicadores gozan de una buena oportunidad para tener en cuenta los aspectos sociales y escoger un producto o servicio que se corresponda con sus objetivos sociales. Hasta qué punto lo harán depende en amplia medida de la concienciación y los conocimientos de los poderes adjudicadores. De forma general, los poderes adjudicadores, al definir los productos o servicios que desean adquirir, pueden, incluso recurriendo a variantes, optar por bienes, servicios u obras que se ajusten a sus preocupaciones sociales, siempre que esta elección no dé lugar a un acceso restringido al contrato en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros".

▸ La Comisión Europea, en la Comunicación de 22 de septiembre de 1989 titulada "Contratación Pública. Aspectos regionales y sociales" COM (89) 400 final, hizo una reflexión, entre otras cuestiones, sobre las condiciones contractuales no discriminatorias:

> "46. Aunque el asunto Beentjes afectaba al desempleo de larga duración, no parece haber motivo para sostener que objetivos distintos no pudieran considerarse comprendidos en los poderes discrecionales que reconoce a los Estados miembros la Directiva 71/305. Hay otros tipos de desempleo, por ejemplo, el juvenil, que podrían constituir un objetivo igualmente legítimo, lo mismo cabría afirmar de una amplía gama de cuestiones sociales, entre ellas, la formación profesional, la sanidad y la seguridad laborales, las relaciones laborales y la supresión de la discriminación por motivos de raza y religión o de sexo. Las directivas de contratación ni prohíben ni autorizan expresamente a los Estados miembros que regulan las cuestiones relativas a estos ámbitos. En consecuencia, tanto aquéllos como los organismos contratantes estarían en libertad, cono arreglo al Derecho comunitario, para centrarse en esos objetivos, siempre que respetaran las disposiciones de las directivas y los límites del Tratado".

En consecuencia las administraciones disponen de libertad de pactos y se reconoce expresamente la posibilidad de incluir criterios sociales como objeto contractual. Pero debe tenerse en cuenta que la elección del objeto del contrato realizada por los poderes adjudicadores se acompañará de una justificación en el expediente, de una concreción en los pliegos de cláusulas o en las especificaciones técnicas, que deberá anunciarse y/o ser puesto en conocimiento de los licitadores, y obviamente respetar los principios establecidos para la contratación pública por la normativa nacional y comunitaria.

4.5. LA OFERTA ECONÓMICA MÁS VENTAJOSA

Uno de los obstáculos con que tropiezan en ocasiones las cláusulas sociales como criterio de adjudicación o puntuación de los contratos es la referencia que la normativa comunitaria hace respecto a la elección de "la oferta económica más ventajosa", como así indica el artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE. Por el contrario el artículo 74 del TRLCAP hace referencia a "la proposición más ventajosa en su conjunto", sin añadir la consideración de económica.

La Comunicación Interpretativa de la Comisión, señala por su parte:

> "Para determinar la oferta económicamente más ventajosa se pueden utilizar criterios que integren aspectos sociales, cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato". "Los cupos de contratos reservados para una categoría dada de proveedores, serían incompatibles con las actuales Directivas sobre contratos públicos. Lo mismo cabe decir de los criterios que se refieran al grado en que los licitadores empleen a una determinada categoría de personas o apliquen un programa de promoción de la igualdad de oportunidades, esto es, dicho de otro modo, de los criterios que son ajenos al objeto del contrato o a las condiciones de ejecución del mismo. Estos criterios, que no contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, quedan excluidos por las actuales Directivas, habida cuenta de que su finalidad debe consistir en hacer posible la evaluación de las cualidades intrínsecas de un producto o una prestación. Para determinar la oferta económicamente más ventajosa se pueden utilizar criterios que integren aspectos sociales, cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato".

> "En este contexto, cabe preguntarse si el concepto de «oferta económicamente más ventajosa» implica que cada uno de los criterios de adjudicación escogidos deberá comportar una ventaja económica en beneficio directo del poder adjudicador, o si basta con que cada uno de tales criterios pueda medirse en términos económicos, aún cuando no presente una ventaja económica directa para el poder adjudicador que se refleje en la compra considerada".

Este último inciso ha tenido una respuesta judicial contundente, favorable a que es suficiente que uno solo de los criterios pueda medirse en términos económicos. Además hay que precisar que en el literal citado, se refiere a criterios sociales ajenos al objeto del contrato o a las condiciones de ejecución del contrato, y en esta guía, así como en el análisis jurídico, reiteramos la advertencia de que la inserción laboral de personas en riesgo de exclusión forme parte del objeto del contrato y de sus condiciones de ejecución.

Como último argumento cabe negar la mayor: sí es posible evaluar la ventaja económica que para el poder adjudicador supone la inclusión de cláusulas sociales supone, al respecto nos remitimos al capítulo II.5 donde aportamos datos contrastados del ahorro y las ventajas económicas que a los presupuesto públicos les supone la inserción laboral de personas y colectivos vulnerables.

4.6. LOS ÁMBITOS COMPETENCIALES

El hecho de la legislación común contemple o no criterios sociales en las distintas fases de adjudicación de los contratos no agota las posibilidades de su inclusión, puesto que tanto las entidades locales como las Comunidades Autónomas, cuentan con competencias para ello.

En primer lugar pueden utilizar los Pliegos de Condiciones Generales que establecen cláusulas de homogeneización aplicables a los pliegos de cláusulas particulares. Son regulados en el artículo 48.3. del TRLCAP, que dispone que las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local aprobarán, en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas generales, de acuerdo con sus normas específicas. Estos pliegos suponen de facto la creación de una normativa propia y cuya eficacia puede abarcar a la totalidad de contratos a adjudicar, pudiendo establecerse su inclusión de manera obligatoria en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Véase al respecto en el apartado de Pliegos ya aprobados el del Ayuntamiento de Bilbao.

Además están los pliegos de cláusulas administrativas particulares que incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato, y por último los pliegos de prescripciones técnicas que contienen las especificaciones técnicas particulares que hayan de regir la ejecución o la prestación del contrato.

En ambos casos se trata de disposiciones cuyo alcance determina con detalle los pactos, condiciones y obligaciones que habrán de observarse en el contrato, así como el sistema y criterios de adjudicación. Cabe considerarlas como fuentes de derecho del propio contrato y se justifican por la necesidad de adaptar cada licitación al caso concreto por lo que resulta del todo lógico que las entidades locales ostenten la competencia para redactar y aprobar pliegos con la inclusión de criterios sociales.

Las Comunidades Autónomas poseen competencia para legislar en materia de contratos, para desarrollar la ley básica de contratos del Estado, o en su caso para establecer criterios sociales en los procesos de contratación pública por medio de una regulación propia que resulte imperativa para todas las licitaciones que se lleven a cabo en su ámbito territorial. Es preciso atender a lo que establecen los respectivos Estatutos de Autonomía, y nos encontramos con tres posibilidades:

▸ Por ejemplo de la de Navarra, que posee la competencia para legislar en materia de contratos, desarrollando de esa manera la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra que incluye expresamente criterios sociales, o dictando la Orden Foral 26/2000, de 27 de marzo de 2000 que recoge las cláusulas sociales dirigidas a la inserción laboral de personas en situación de exclusión.

▸ La segunda posibilidad es la aquellas Comunidades que poseen competencia de desarrollo normativo en materia de contratos administrativos, como Aragón, o la Comunidad Autónoma Vasca, cuyo artículo 11 del Estatuto de Autonomía para el

País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 diciembre), dispone que "es de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución dentro de su territorio de la legislación básica del Estado en las siguientes materias: (...) contratos y concesiones administrativas, en el ámbito de sus competencias y sistema de responsabilidad de la Administración del País Vasco".

‣ Por último existen Comunidades como Madrid, cuyo Estatuto de Autonomía no le atribuía ninguna competencia de desarrollo normativo en materia de contratos administrativos. Y esta situación que sería la más restrictiva para incorporar cláusulas sociales por una Comunidad saltó a la palestra jurídica al aprobarse el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa e incluían criterios sociales. Pues bien, antes de su aprobación, fue sometida a consulta del Consejo de Estado, que en su Dictamen de 19 de noviembre de 1998, concluyó que el rango de la norma – Decreto– era adecuado a los fines que se pretenden, al desarrollar reglamentariamente una norma legal estatal y no vio inconveniente en la fijación de los criterios de adjudicación.

VI. ANÁLISIS DE EXPERIENCIAS

1. AYUNTAMIENTO DE GIRONA
2. GENERALITAT CATALUÑA. RESERVA DE MERCADO.
3. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA y FUNDACIÓN GAZTELAN
4. ADIGSA. PROGRAMA POSA´T A PUNT.
5. AYUNTAMIENTO SANT BOI DE LLOBREGAT

1. AYUNTAMIENTO DE GIRONA

Resumen

Desde diciembre de 1999, el Ayuntamiento de Girona (130.000 habitantes) incluye en los contratos de obras una cláusula social que reserva un determinado número de puestos de trabajo para personas con dificultades de acceso al empleo y que deberán ser contratados para la ejecución de la obra. Se establece como un criterio de obligación y la empresa adjudicataria se encuentra obligada a cumplirla. Se trata de una fórmula de inserción laboral ya consolidada, ubicada a medio camino entre el mercado de trabajo protegido y el normalizado, que ha ofrecido interesantes resultados a lo largo de seis años.

Regulación

El Ayuntamiento aprueba en el Pleno celebrado el 6 de noviembre de 1998 el siguiente acuerdo para regular la cláusula social:

a) Es manifiesta la voluntad de continuar utilizando la contratación pública como un sistema de promoción de la ocupación de sectores que encuentran especiales dificultades para su inserción en el mercado de trabajo. Se tiene como estos sectores, aquellos que por razón de discapacidad física, sensorial o psíquica y por razones de exclusión social ven reducidas sus posibilidades de acceso al mercado de trabajo normalizado.
b) Se expresa la convicción de que la libre competencia ha de ser compatible con los mecanismos que garantizan la cohesión social y la lucha por una mayor igualdad de las personas, y que mediante la contratación de servicios de las administraciones públicas se dispone de un instrumento eficiente para contribuir a la corrección de las desigualdades.

Proceso

- En 1997 se inicia una fase de análisis. Para ello se estudia el tipo de desempleo existente en la localidad y el perfil de estas personas.
- Existe un precedente de experimentación con ADIGSA en el papel promotor.
- Se solicita y elabora un informe jurídico por la Universidad de Girona, que analiza las posibilidades de introducción de cláusulas sociales.
- Se realiza un diseño previo, conjuntamente entre Empleo, Secretaría y Urbanismo.
- Se contrasta con el Consejo Económico y Social.
- Se presenta la regulación al gremio de constructores de la localidad, que se muestran inicialmente reticentes y llegan a recurrirla, aunque finalmente retiran el recurso.

- Tras los análisis, se aprueba la regulación y adopción de la cláusula en sesión plenaria de 17 de diciembre de 1999.

- Se acuerda por primera vez su aplicación en la obra de la pista polideportiva del sector de Pont Major, aprobándose a tal efecto el pliego de condiciones en sesión plenaria de 1 de febrero de 2000, que supuso la reserva de dos puestos de trabajo.

- Su aplicación y resultados se van evaluando, produciéndose sucesivas modificaciones y mejoras.

Descripción,tramitación, gestión

1. La cláusula se aplica exclusivamente en los contratos de obra cuyo importe sea superior a 150.000 euros y que puedan dar cabida a perfiles sin elevada cualificación. Al efecto se reúnen anualmente los servicios de de Empleo, Urbanismo y la Secretaría para fijar aquellas obras aptas para incluir la reserva de puestos de trabajo. El número de puestos a cubrir depende de cada obra (presupuesto, duración, características técnicas, especialización).

2. En las obras municipales seleccionadas, además del proyecto técnico y la parte económica, también se incluye la cláusula social, como un requisito obligatorio incluido en el Proyecto de obra. La cláusula social tiene por objetivo que la empresa ejecutora de la obra reserve un determinado número de puestos de trabajo para ser cubiertos por personas inscritas en el DIE (Dispositivo de Inserción Económica).

3. La tramitación del expediente es como la de otro cualquiera: se trata de un concurso público en procedimiento abierto, se aprueba en Pleno Municipal el pliego de condiciones inclusivo de la cláusula y se publica en el Boletín Oficial de la Provincia.

4. Las peculiaridades se plasman en indicar claramente en el anuncio de licitación la inclusión de la cláusula y la correspondiente obligación de reservar el número de puestos de trabajo que se establezcan para personas en situación o riesgo de exclusión social. Se deja la documentación relativa a la cláusula disponible para ser consultada por los licitadores.

5. En el supuesto que la empresa adjudicataria subcontrate la ejecución de determinadas partes de la obra, la obligación que se derive del cumplimiento de la cláusula social será asumido del mismo modo e íntegramente.

6. El tutor de inserción y la empresa adjudicataria se reúnen una semana después de la adjudicación para acordar el proceso de selección y definir los perfiles profesionales que precisan para la obra (nivel de formación, edad, experiencia en el sector) y fijar las condiciones laborales (horarios, sueldo, tipo y duración del contrato), así como la fecha de presentación de los candidatos y la posible tramitación de incentivos a la contratación en el caso de personas acogidas a la renta mínima de inserción.

7. Tras definir la reserva, el número de trabajadores y los perfiles profesionales, el tutor responsable de las cláusulas conjuntamente con los profesionales de selección del DIE, buscan las personas inscritas en la bolsa de trabajo que coincidan con el perfil requerido por la empresa, con el objetivo de presentar a la empresa al menos tres candidatos por cada puesto a ocupar, y quedando la selección como una decisión final del propio contratista. Si no se muestra conforme con los candidatos, se realiza una nueva selección.

8. El primer día de inicio de la obra, la empresa está obligada a comunicar formalmente al servicio municipal de ocupación la relación de personas finalmente contratadas, una copia del alta en la seguridad social, y una copia del contrato de trabajo.

9. Durante la ejecución del proyecto, un técnico municipal garantiza que la participación de los trabajadores seleccionados por el Ayuntamiento sea satisfactoria. A tal efecto realiza un seguimiento individual semanal de la evolución de los trabajadores en materia de actitudes, aptitudes y habilidades, que es contrastado con el encargado de la obra con la periodicidad acordada.

10. La empresa mantiene sus atribuciones en la relación laboral y por lo tanto, la facultad de emprender las acciones disciplinarias que sean procedentes, incluso si pudieran comportar la rescisión del contrato, previa comunicación al Ayuntamiento.

En este caso se lleva a cabo una nueva selección para cubrir la vacante en un plazo no superior de tres días desde la fecha de despido. Para otro tipo de eventualidades, cómo pueden ser las bajas por enfermedad, se cubren las vacantes siguiendo el mismo procedimiento.
11. La aplicación de la cláusula social no obliga a la empresa a continuar contratando ni a garantizar la inserción de los usuarios una vez finalizada la obra objeto del contrato.

12. El incumplimiento de la cláusula social por la empresa podrá suponer causa de resolución del contrato con los efectos legales que ello comporta.

13. A final de la obra la empresa hace una valoración del rendimiento de los trabajadores de la cláusula social.

Resultados

Las cláusulas sociales se incluyen exclusivamente en la adjudicación de contratos de obra. Y en el periodo desde 2000 a octubre de 2005:

- Se han adjudicado 30 obras con cláusula social.
- Se ha contratado con 14 diferentes empresas.
- Han supuesto 48 contratos de trabajo para personas con dificultades de acceso al mercado laboral.

Análisis

La Cámara de Contratistas de Girona, recurrió la cláusula social basándose en diferentes argumentos: discriminación negativa a los no residentes y los no inscritos en el servicio municipal de ocupación, vulneración de la libre concurrencia; y aludieron también a que tendrían que despedir a parte de su plantilla para cumplir la obligación establecida por la reserva de puestos. Sería demasiado prolijo entrar en detalles, pero baste decir que finalmente retiraron el recurso, ya que parte de los argumentos fueron rebatidos y en otros casos se corrigió su regulación, por ejemplo aplicando la cláusula en obras superiores a 150.000 euros, en las que se suponía que las empresas realizaban nuevas contrataciones de personal y evitar el efecto desplazamiento de sus plantillas.

Pese a la impugnación inicial, los contratistas valoran positivamente la cláusula, como se desprende de las encuestas, señalando que no encarece el coste ni entorpece la ejecución, incluso son varios los casos en que el trabajador temporalmente contratado ha sido prorrogado por la empresa una vez terminada la obra.

La regulación incluía una cláusula relativa a la subcontratación, pero los datos revelan que apenas se ha producido, tampoco subcontratando parte de obra a empresas de inserción.

Resulta destacable que cada una de las empresas adjudicatarias completa al final de la misma una evaluación tipo, indicando su opinión sobre la cláusula y pormenorizando la valoración sobre el trabajador que han debido contratar. Estas encuestas resultan importantes para realizar una evaluación continua y mejorar los aspectos críticos.

En sus inicios se planteó una fase de experimentación, con el objetivo de comprobar si afectaba a la correcta ejecución de las obras, encarecía el coste y si realmente se trataba de una fórmula apropiada para facilitar la inserción laboral. También se temía la posible alza que pudieran repercutir las empresas en el precio de las licitaciones debido a la menor productividad de los trabajadores, pero no ha sido así, por lo que se destaca desde el Ayuntamiento de Girona que se trata de una política casi sin costes. Y estos en realidad se deben principalmente al técnico de inserción, aunque se añade que en verdad su figura ya existía y que realiza las mismas labores que prestaría sin cláusula, sólo que con ella logra una mayor efectividad en su cometido.

Resulta interesante la valoración sobre el ámbito de aplicación de la cláusula (el municipio), ya que debido a la cercanía con las y los ciudadanos se conoce mejor el perfil de personas desempleadas y es posible diseñar políticas de inserción apropiadas y adaptadas. Además la dimensión administrativa local no acusa excesiva compartimentación ni hipertrofia, lo que permite la coordinación entre áreas municipales. Podemos añadir que la amplitud de competencias y capacidad de decisión del alcalde o la alcaldesa en los municipios, evidencian que existiendo voluntad política su implementación resulta ágil al emanar su impulso del superior jerárquico e ir desplegándose por los sucesivos cargos y áreas municipales.

El propio Ayuntamiento de Girona destaca que se trata de un recurso viable, factible, que no va en detrimento de la ejecución de la obra y barato. Con la cláusula se consigue un recurso más que se suma al resto de dispositivos (Escuela Taller, Planes Ocupacionales, Planes de Garantía Social, intermediación laboral) que promueven la inserción y ofrecen trabajo a los colectivos de servicios sociales. Así es destacable que la cláusula se implementa como un recurso complementario que se coordina con otros dispositivos de inserción, procurando ofrecer un completo itinerario de inserción, apropiado al perfil de cada persona.

La cláusula se propone como una fórmula para facilitar la inserción laboral de las personas inscritas en los servicios sociales y que se encuentran con un adecuado grado de empleabilidad aunque con dificultades de acceso al mercado ordinario de trabajo, al que no podrían acceder por sí mismos. El objetivo consiste en facilitar oportunidades laborales transitorias e intermedias entre el empleo protegido y el mercado ordinario.

Al tratarse de obras, cabe lamentar que la perspectiva de género y la contratación de mujeres es casi inexistente, aunque se cita el caso de una empresa que contrató a una mujer, no para las obras sino como administrativa en la oficina. Para remediarlo señala el Ayuntamiento la posibilidad de extender la cláusula al sector servicios.

Documentación adjunta en el CD-ROM

- "Dictamen Universidad Girona": Informe jurídico de la Universidad de Girona por encargo del Ayuntamiento sobre las posibilidades de incorporación de cláusulas sociales.
- "Regulación Clàusula Social". Resumen de la sistemática adoptada.
- "Clàusules executades fins octubre 2005": Ficha Resumen de las obras ejecutadas y los empleos de inserción generados en el periodo de aplicación de la cláusula social.
- Pliegos Cláusulas Contratación Obras Centro Cívico y Biblioteca.
- "Valoración Cláusula Social": Ficha y encuesta de evaluación sobre la cláusula social que cumplimentan los contratistas tras haber finalizado la obra.
- Ficha Valoración Grado Ocupabilidad: Ficha previa para determinar la capacidad e idoneidad de una persona de cara a ocupar una reserva de puesto de trabajo.
- Ficha Valoración Trabajador/a: Ficha a completar por el técnico de inserción una vez finalizado el contrato del trabajador de inserción.

2. GENERALITAT CATALUÑA. RESERVA DE MERCADO

Resumen

La Generalitat de Cataluña mediante la Ley 7/2004 de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas, ha establecido que todos sus Departamentos, empresas públicas y organismos autónomos, realicen una reserva de hasta el 20% de sus contratos menores y negociados para ser adjudicados a centros de inserción laboral de disminuidos [46] y empresas de inserción sociolaboral.

Regulación

Resumen extractado del artículo 19 de la Ley 7/2004 de 16 de julio que modifica el artículo 35 de la ley 31/2002, titulado "Fomento de los objetivos sociales en la contratación":

Los departamentos, los organismos autónomos y las empresas públicas de la Generalidad deben reservar determinados contratos administrativos de obras, suministros o servicios a centros de inserción laboral de disminuidos, empresas de inserción sociolaboral, o a entidades sin afán de lucro que tengan como finalidad la integración laboral o social de personas con riesgo de exclusión social.

Los objetos contractuales susceptibles de reserva son las obras y servicios de conservación y mantenimiento de bienes inmuebles; los servicios de mensajería, correspondencia y distribución, de artes gráficas, de limpieza y lavandería, de restauración y de recogida y transporte de residuos, y los servicios y suministros auxiliares para el funcionamiento de la Administración. Sin embargo, los órganos de contratación pueden ampliar la reserva a otros objetos contractuales, dependiendo de la adecuación de las prestaciones a las peculiaridades de los centros, empresas y entidades a que se refiere el presente artículo.

Los contratos reservados son exclusivamente los adjudicados como contrato menor o por procedimiento negociado por razón de la cuantía económica, de acuerdo con los umbrales establecidos por la legislación de contratos de las administraciones públicas.

El Gobierno debe fijar, al inicio de cada ejercicio, la cuantía económica de la reserva social que debe aplicar cada departamento, incluyendo los organismos o empresas públicas vinculadas o dependientes. El importe fijado no debe superar el 20% del importe contratado en el ejercicio anterior mediante contratos menores o procedimientos negociados por razón de la cuantía.

Las entidades que integran la Administración local de Cataluña pueden aplicar la reserva social establecida por el presente artículo en los términos que establezca el acuerdo correspondiente del pleno de la corporación.

Proceso

- Las entidades que trabajan con personas discapacitadas y las empresas de inserción impulsan la propuesta y aúnan esfuerzos conjuntos desde la Mesa (Taula) del Tercer Sector. El Departamento de Bienestar Social y Familia, juega también un papel clave, receptivo con las entidades y dinamizador hacia el Gobierno catalán.
- Por medio de la Ley 31/2002 de 30 de diciembre, se establece de manera genérica la reserva, pero indicando que el Gobierno establecería el porcentaje o importe objeto de la misma.
- En el año 2003 se va diseñando el procedimiento a aplicar:

46-Recogido así literalmente. Aunque resulte peyorativo e incorrecto así se traduce al castellano en textos oficiales. Entiéndase como personas con discapacidad

- Se solicita de cada Departamento que cuantifique y comunique cuál ha sido el importe adjudicado mediante contrato menor y negociado en el ejercicio anual.
- En febrero de 2003 se constituye un grupo de trabajo formado por representantes de los distintos departamentos que puedan facilitar información y coordinar su aplicación: Bienestar Social, Trabajo, Industria, Comercio y Turismo, y Presidencia.
- El Departamento de Bienestar Social depura datos sobre las empresas y su actividad concreta, con el objetivo de elaborar un listado y distribuirlo.
- En marzo de 2003 se reúnen los responsables de las unidades de contratación de todos los departamentos para fijar criterios y ser informadas de las empresas aptas para ser contratadas.

‣ En 2004, la citada Ley fija en un máximo del 20% el porcentaje de reserva para empresas de inserción, aplicándose desde el año 2005.

Gestión

‣ La adjudicación de contratos menores y negociados permiten una amplia libertad de elección para los poderes públicos. Son los umbrales económicos los que delimitan la facultad de utilizarlos: en el contrato menor hasta 30.000 euros para obras y 12.000 euros para el resto de contratos; en el caso del negociado hasta 60.000 euros para obras y productos consumibles y 30.000 euros para el resto. Téngase en cuenta que ambos procedimientos suponen tan sólo una pequeña parte del volumen total de contratación, puesto que no afecta a subastas, ni concursos, ni procedimiento negociado con publicidad.

‣ Es el Gobierno al inicio de cada ejercicio presupuestario quien indica a cada Departamento el porcentaje mínimo de reserva que debe cumplir sobre el total adjudicado el año anterior, y cada Departamento debe comunicarlo a sus organismos autónomos y empresas públicas vinculadas o dependientes.
‣ El sistema es descentralizado y es la Sección de Compras de cada Departamento la responsable de cumplir el mandato legal. Así, cada Departamento está obligado por ley a contratar con empresas de inserción hasta el 20% del volumen de contratación que el ejercicio anterior adjudicó mediante ambos procedimientos.

‣ Para ejecutarlo deben analizar sus contratos, los productos y servicios que precisan y comprobar cuáles son susceptibles de ser prestados o ejecutados por estas entidades.

‣ El Secretario General de cada Departamento debe emitir un informe [47] semestral indicando el importe adjudicado, tipo de contratos y el sector de actividad, que se remite al Secretario General del Departamento de Economía y Finanzas, también Presidente de la Junta Consultiva de Contratación.

‣ Es el Consejero de Economía y Finanzas quien semestralmente informa al Gobierno del grado de cumplimiento de los objetivos fijados.

‣ Si un Departamento supera la cifra de reserva asignada, la diferencia computa a los efectos de asumir la cifra global de reserva del conjunto.

‣ La coordinación se dirige desde la Junta Consultiva de Contratación, habiéndose formado un Grupo de Trabajo con un representante de cada Departamento.

‣ Para facilitar la contratación, el Departamento de Bienestar Social distribuyó un directorio inclusivo de las empresas, su sector de actividad y listado de productos o servicios, clasificación empresarial si la tuvieran, así como ubicación y contacto. También reenvían folletos y publicidad de las empresas de inserción.

‣ Además se creó una página web [48] financiada por Fundación Un Sol Món de Caixa Cataluña donde aparece toda esta información y facilita la contratación de estas empresas.

‣ En la práctica, no se distingue entre empresas de personas con discapacidad (Centros Especiales de Empleo) o empresas de inserción para personas en situación o riesgo de exclusión social. No se establece tampoco un porcentaje según el colectivo beneficiario ni existen datos diferenciados sobre la adjudicación a unas u otras.

49-Ver apartado de Análisis Jurídico referido al Mercado Tutelado

‣ Se aprecia una clara fidelización y repetición de las contrataciones con aquellas empresas de inserción que prestan los servicios o ejecutan las obras satisfactoriamente.

Resultados

‣ Para el año 2005 la reserva de contratos para el conjunto de la Generalitat se estableció mediante Acuerdo de Gobierno en la cuantía de seis millones de euros.

‣ No existen datos exactos que cuantifiquen el empleo de inserción que dicho volumen de contratación generó, pero se estima en más de 300 personas.

Análisis

La Ley catalana supone un verdadero hito en la consecución de una de las demandas más reiteradas por las empresas de inserción como es el mercado tutelado mediante una reserva de mercado.

Resulta además muy destacable el hecho de que en el objetivo de inserción laboral no sólo participen los Departamentos de Bienestar Social y Trabajo sino todos ellos, incorporando la política social de manera transversal en la actuación de los poderes públicos, y produciendo por añadidura un factor de sensibilización y corresponsabilidad que partiendo de una dimensión interna trasciende del propio ámbito de la Administración.
Muy importante resulta la capacidad de transferencia y replicabilidad de esta medida en otras administraciones públicas, ya que esta regulación puede llevarse a cabo por unidades administrativas de distintos niveles, bien un Gobierno como es el caso, pero también Diputaciones, organismos autónomos, empresas públicas y municipios. Especialmente para estos últimos supone una política fácil de implementar y francamente sencilla en su gestión.

Resultando por completo plausible la iniciativa, advertimos de la importancia previa de realizar un riguroso análisis sobre las empresas de inserción del territorio, los sectores en los que operan, su capacidad y calidad de servicio, los productos y servicios que ofrecen, así como la operatividad en el ámbito geográfico concreto. Tras muchos años de esfuerzo existe una regulación que considera el beneficio que las empresas de inserción producen a la sociedad, pero no confundamos los deseos con la realidad: si deseamos aplicar una política duradera y efectiva, debemos tener la seguridad de que existe la capacidad de responder adecuadamente a esta reserva, en caso contrario pudiera resultar ineficaz y desvirtuarse su potencial para el futuro.

Hecha la advertencia, destacamos que la normativa actual de contratos ha regulado expresamente esta posibilidad de reserva de una parte del mercado público [49], constituyendo sin duda una magnífica política el ámbito de la inserción laboral, cuyos resultados y eficiencia deben destacarse, debido a la proporción entre el esfuerzo necesario y los empleos de inserción generados.

Documentación complementaria en el CD-ROM

‣ Ley 7/2004 de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas, que regula la reserva de mercado.

‣ Ficha utilizada como cuadro de análisis de situación por los Departamentos para la implementación de la medida de reserva de contratos.

‣ Acuerdo del Gobierno de Cataluña por el que se fija la cuantía de reserva de contratos a empresas de inserción para el año 2005 en seis millones de euros.

3. AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA y FUNDACIÓN GAZTELAN

Resumen

El Ayuntamiento de Pamplona licitó en concurso público el Servicio de Atención a Domicilio, incluyendo entre sus criterios de adjudicación cláusulas sociales, tales como la contratación de colectivos con dificultades de acceso al empleo y el hecho de ser entidades sin ánimo de lucro. La Fundación Gaztelan obtuvo el contrato y prestó el servicio desde 1998 a 2005 mediante la empresa Miluce, con una plantilla de hasta 112 personas, el 50% de ellas de inserción.

Regulación

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares estableció en su estipulación segunda los criterios de adjudicación del concurso, que se detallan en el documento "Sistema de Asignación de Puntuación a los criterios de adjudicación del concurso para la contratación del servicio a domicilio", entre los cuales reproducimos los inclusivos de cláusulas sociales:

1. Tipología de las empresas (máximo 20 puntos):

- Empresas de mercado con ánimo de lucro: 0 puntos.
- Sociedad Anónima Laboral: 10 puntos.
- Asociación con fines no coincidentes con el objeto del contrato: 10 puntos.
- Asociación con fines coincidentes con el objeto del contrato: 15 puntos.
- Fundación con fines no coincidentes con el objeto del contrato: 15 puntos.
- Fundación con fines coincidentes con el objeto del contrato: 20 puntos.

2. Contratación de personal desfavorecido (máximo 25 puntos):

- Entidades empresariales específicas de inserción sociolaboral: 25 puntos.
- Entidades empresariales con experiencia demostrada en la contratación de colectivos desfavorecidos: 20 puntos.
- Entidades empresariales con proyecto definido para la incorporación de colectivos desfavorecidos: 17,5 puntos.
- Entidades empresariales con compromiso de acoger a colectivos desfavorecidos: 15 puntos.

Importancia de la Cláusula

VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONCURSO SAD 98

EMPRESA	Criterio 1	Criterio 2	Criterio 3	Criterio 5	Subtotal	Criterio 4 precio/hora (ptas.)
ASISPA	15	20	25	7,5	67,5	1.832
ARQUITEMPO	-	20	18	8	56	1.607
ASER	15	15	18	8	56	1.885
GAZTELAN	20	25	24	12	81	1.832
SERVIRECORD	-	15	22	8	45	1.635
EULEN	-	15	19	8,5	42,5	1.725
NATENDO	10	17,5	22	14	63,5	1.831
URGAITZ SL	-	15	21	7	43	1.822
ASOC. ASIS	15	15	10	7,5	47,5	1.738

En este cuadro se muestra la valoración por la Mesa de Contratación de las propuestas presentadas por las empresas conforme a los criterios de adjudicación, y podemos comprobar la importancia de las cláusulas sociales. Los criterios son:

Criterio 1: Tipología de las empresas (Máximo 20 puntos).
Criterio 2: Contratación de personal desfavorecido (Máximo 25 puntos).
Criterio 3: Programa de mejoras al servicio (Máximo 25 puntos).

Criterio 4: Oferta económica (Máximo 15 puntos).
Criterio 5: Programas de formación, otras atenciones sociales o condiciones laborales (Máximo 15 puntos).

Proceso

El Ayuntamiento de Pamplona, en 1997 con el objetivo de implantar programas que faciliten la inserción sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, encarga un estudio al CEPIS (Centro Piloto de Inserción Sociolaboral) dependiente de los servicios sociales municipales a través de un proyecto europeo, en el que colaboran el Departamento de Trabajo Social de la Universidad Pública de Navarra y el INBS (Instituto Navarro de Bienestar Social), analizando –entre otras actuaciones- las posibilidades que ofrecía la adjudicación del servicio municipal de atención domiciliaria que debía contratarse al año siguiente.

El CEPIS se dirige a la Fundación Gaztelan, planteando constituir una empresa de inserción que se presentase al concurso como licitador. Para ello se diseña un programa de ESP (Empleo Social Protegido), consistente en formación y prácticas en el mercado privado del sector de atención a domicilio. Este proyecto es financiado por el INBS, detrayendo una partida presupuestaria destinada al efecto para el Ayuntamiento de Pamplona, con su obvio consentimiento y aceptación. El proyecto de ESP se desarrolla entre julio y diciembre de 1997 y participan 10 mujeres.

La licitación, prevista para enero de 1998 se retrasa, por lo que se solicita una prórroga del ESP que es concedida, mientras se encaminan esfuerzos a la creación de la empresa que participará en el concurso, así como a formar a las participantes en cooperativismo y economía solidaria, y a preparar la propuesta técnica de gestión e intervención .

En el segundo semestre de 1998 se aprueba y publica la licitación, a la que se presentan nueve empresas, y Fundación Gaztelan obtiene la mayor puntuación, siendo determinantes los 45 puntos obtenidos por cláusulas sociales.

Datos y resultados

	PERSONAS CONTRATADAS		FACTURACIÓN	
AÑO	a 31 de Diciembre	Personas con dificultades de acceso al empleo	AÑO	EUROS
1999	51	20	**1999**	541.839
2000	87 (3)	35	**2000**	1.003.399
2001	96 (5)	47	**2001**	1.296.424
2002	112 (5)	45	**2002**	1.424.244
2003	109 (5)	46	**2003**	1.598.511
2004	100 (2)	50	**2004**	1.648.098

Análisis

El Servicio de Atención a Domicilio se gestiona con la denominación de Miluce, siendo la figura jurídica la de la propia Fundación Gaztelan. La empresa formaba parte de la Red de Economía Alternativa y Solidaria (REAS), y no estaba inscrita en el Registro de Empresas de Inserción del Gobierno de Navarra como tal, pero destacamos su componente y características de inserción laboral, debido al porcentaje de personas con dificultades de acceso al empleo, según se deduce en los datos de la tabla aportada.

Se previó la creación de una empresa de unas 40 ó 50 personas trabajadoras aunque se superaron las 100, lo que supuso un considerable esfuerzo de gestión, pero también un referente en el ámbito de las empresas de inserción. El sector de atención a domicilio resulta propicio para crear empleo de inserción, al ser muy intensivo en mano de obra, y existir diversos programas formativos que permiten la capacitación de potenciales trabajadoras. No obstante el perfil de empleabilidad debe ser alto y encontrarse en la última fase de su itinerario de inserción, puesto que se trabaja en hogares y con personas dependientes. Posee complicación para realizar un adecuado acompañamiento en el puesto por las características del lugar en el que se

presta el servicio y al tratarse de un trabajo individual.

Otro problema añadido derivó de la inexistencia (en su momento) de convenio en el sector, lo que se traducía en bajos salarios, así como la dificultad en ocasiones de proporcionar jornadas completas debido a la concentración del trabajo en determinados tramos horarios. La asunción por la empresa de los principios de la economía solidaria conllevó una serie de características significativas:

- Gestión cooperativa: asamblea de trabajadoras, comisiones y junta directiva.
- Esfuerzo por alentar la participación en las comisiones, remunerando las horas de asistencia.
- Diseño de la formación continua por las trabajadoras y remuneración de las horas de formación.
- Ausencia de ánimo de lucro. Destino de parte de beneficios para cooperación al desarrollo.
- Implantación con la asesoría de la Universidad de Mondragón del sistema GIP (Grupos de Información Participativa) para analizar y fomentar la participación de las trabajadoras en la empresa.
- Mejoras sociales como la asignación de horarios y zonas de trabajo que facilitasen la conciliación con la vida personal y familiar, mejora salarial en función de las posibilidades económicas de la empresa y siempre por encima del convenio del sector (salario base, días festivos especiales, vacaciones, seguro de accidente voluntario, etc).

En el año 2005 el Ayuntamiento de Pamplona -ya con diferente equipo de gobierno-, saca a concurso nuevamente la contratación del servicio, en cuyo condicionado no se incluyen cláusulas sociales.

Para presentarse a la licitación, 70 trabajadoras de Miluce-Gaztelan forman una cooperativa, elaboran y presentan su propuesta. Evaluadas todas las ofertas, el órgano de contratación del Ayuntamiento adjudica el contrato a una empresa con ánimo de lucro y sin experiencia anterior en el sector de atención a domicilio.

Reflexión final

No quisiera terminar este análisis sin evidenciar con énfasis las diferencias y consecuencias derivadas del hecho que la contratación pública persiga el objetivo añadido de la inserción sociolaboral, o que la adjudicación recaiga en uno u otro tipo de entidad con diferentes características y objeto social.

Así y gracias a la inclusión de cláusulas sociales, la Fundación Gaztelan ha gestionado durante casi siete años una empresa solidaria, con una plantilla de más de 100 personas y un porcentaje de personas de inserción en torno al 50%. Los principios asumidos por muchas entidades del Tercer Sector propician la búsqueda de mejores condiciones para las trabajadoras, aunque obviamente no se consigan todos los objetivos propuestos o existan desavenencias puntuales entre la empresa y las trabajadoras.

En la fecha de redacción de este texto, ha pasado un año desde que la nueva contratista se ha hecho cargo del servicio, subrogando a las trabajadoras de Miluce-Gaztelan según establece el convenio del sector. En este tiempo la nueva empresa adjudicataria ha sido noticia en la prensa local por el despido improcedente de una trabajadora que había solicitado elecciones sindicales junto a la mayoría de sus compañeras, así como por una queja que llegó al Pleno del Ayuntamiento por la utilización de la base de datos de las personas usuarias del servicio (de uso protegido y restringido) con el objetivo de publicitar y ofrecer distintos servicios mercantiles de la empresa. Cada quien que saque sus conclusiones, pero no es lo mismo soplar que sorber.

Documentación adjunta en el CD-ROM

- Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares
- Acta de la Mesa de Contratación sobre el sistema de asignación de puntuación a los criterios de adjudicación del concurso para la contratación externa del servicio de atención a domicilio.

4. ADIGSA. PROGRAMA POSA´T A PUNT

Introducción y resumen

ADIGSA es una empresa pública del Departamento de Medio Ambiente y Vivienda, que administra y gestiona las viviendas sociales públicas de la Generalitat de Cataluña.

En el año 1985 ADIGSA recibió el traspaso de competencias del Estado en lo referente a la vivienda pública, llegando desde entonces a la cifra de 80.000 viviendas administradas. Estas viviendas traspasadas presentaban graves deficiencias y estaban afectadas por un creciente deterioro debido al paso del tiempo, a los materiales con que se habían construido y a la falta de un mantenimiento adecuado, haciendo necesario un esfuerzo de rehabilitación de edificios y, en algunos casos, la remodelación de barrios enteros. La inversión realizada por ADIGSA en estos años ha sido de 472,89 millones de euros (más de 78.000 millones de pesetas).

La particularidad e innovación de esta intervención urbanística deviene del compromiso por utilizar ese volumen de contratación para facilitar la inserción sociolaboral de personas con dificultades de acceso al empleo, mediante la inclusión de cláusulas sociales en los procesos de licitación de las obras de rehabilitación y mantenimiento. Con este objetivo y el de promover la responsabilidad social en la contratación de obra pública, se inicia en 1997 el programa "Posa't a Punt" (Puesta a Punto).

La cláusula social se incorpora como una exigencia obligatoria en la fase de ejecución del contrato y se detalla en un Anexo del Pliego de Bases, exigiendo un compromiso específico por parte de la empresa licitadora y supone en la práctica la reserva de puestos de trabajo destinados a personas en situación o riesgo de exclusión social.

Regulación

La cláusula social se establece de la siguiente manera:

- Reserva de puestos de trabajo. La empresa que resulte adjudicataria y para la ejecución de la obra -según estipulación del pliego de condiciones-, debe reservar un número de puestos de trabajo, de acuerdo con las características o perfiles establecidos que más adelante se indican. Esta obligación es por completo vinculante para el contratista, pudiendo dejarse sin efecto o revocar la adjudicación en caso de no aceptarla o pudiendo efectuar una nueva adjudicación a la segunda oferta más ventajosa de las presentadas. Los gastos derivados e inherentes a la reserva de puestos de trabajo, así como el de redacción del itinerario de inserción y su seguimiento, la elaboración de informes, así como cualquier otra proveniente de las presentes cláusulas sociales, son a coste y cargo del adjudicatario de la obra [50].
- Subrogación de las obligaciones derivadas de la reserva de puestos de trabajo. En el supuesto que la empresa adjudicataria subcontrate la ejecución de determinadas partidas de la obra objeto de puja, la obligación que se deriva de la reserva de puestos de trabajo será asumida igual e íntegramente por las empresas subcontratadas. El incumplimiento de las cláusulas de reserva de puestos de trabajo, contenidas en el Anexo, al que se ha adherido el adjudicatario implican un incumplimiento del contrato, y podrá ser objeto de rescisión, indemnizando además, a Adigsa por los daños y perjuicios sufridos.
- Dotación de los puestos de trabajo objeto de reserva. La empresa adjudicataria podrá cubrir la dotación de los puestos de trabajo objeto de reserva, bien con la incorporación de trabajadores provenientes de empresas colaboradoras de inserción inscritas en el Registro correspondiente del Departamento de Trabajo e Industria; o con dispositivos de inserción o con otros agentes sociales; o bien mediante la subcontratación de las partidas de obra que son objeto de la reserva de puestos de trabajo con empresas colaboradoras de inserción que ofrezcan servicios en el ramo de la construcción y que reúnan también los requisitos de las anteriores.

50-Esta metodología presenta variantes y no es la única posibilidad, puesto que las funciones de selección y acompañamiento pueden llevarse a cabo por entidades locales o entidades sociales sin coste adicional para el contratista.

‣ Colectivos y selección. En cualquier supuesto, la mencionada reserva se hará efectiva mediante la contratación de trabajadores que provengan de los servicios sociales, de dispositivos de inserción, o de cursos de formación en servicios de la construcción. Se priorizará la selección de jóvenes sin calificación y desempleados de larga duración inscritos en el Servicio Catalán de Colocación, así como de perceptores de la renta mínima de inserción.

‣ Itinerario de inserción.

- A los trabajadores seleccionados en función de la reserva de puestos de trabajo, se les debe realizar un itinerario de inserción individual y el correspondiente seguimiento. El itinerario de inserción deberá redactarlo y realizarlo una empresa colaboradora de inserción, inscrita en el Registro del Departamento de Trabajo e Industria de la Generalitat de Cataluña, mediante dispositivos de inserción, o de otros agentes sociales, los cuales facilitarán a la empresa adjudicataria una preselección de los candidatos (como mínimo 3 por puesto de trabajo) para ocupar los puestos de trabajo reservados.

-Los itinerarios de inserción habrán de contemplar, como mínimo, las características de las personas así como las tareas que desarrollarán en la obra, a fin y efecto de mejorar su grado de empleabilidad, sus habilidades y la cualificación profesional; este itinerario podrá ser rechazado por Adigsa en el supuesto que no se atiendan o no se fundamenten suficientemente aquellos parámetros.

-Periódicamente se entregará un informe del seguimiento y desarrollo del itinerario de inserción, que será individual para cada uno de los puestos de trabajo objeto de reserva. Al finalizar la obra se deberá presentar un informe de evaluación final.

‣ Perfiles profesionales y candidatos. Para concretar las características de la selección de los puestos objeto de reserva, la empresa adjudicataria y ADIGSA se reúnen una vez efectuada la adjudicación de la obra para definir los criterios siguientes: los perfiles profesionales (peones y ayudantes), la fecha de presentación de los candidatos, la incorporación de los trabajadores a la obra, así como una definición del itinerario de inserción laboral de cada uno de ellos.

‣ Comunicación de los trabajadores seleccionados. La empresa adjudicataria habrá de comunicar a ADIGSA quiénes son los trabajadores seleccionados antes del inicio de las obras. También será obligación presentar copia del alta a la Seguridad Social y del contrato de trabajo; además con carácter mensual y mientras dure la obra deberán presentar los TC1 y TC2. Los trabajadores habrán de estar contratados bajo el convenio del ramo correspondiente.

‣ Seguimiento de las cláusulas sociales. ADIGSA hace un seguimiento del cumplimiento de las cláusulas, y es especial que la contratación de los trabajadores objeto de la reserva de puestos de trabajo sea satisfactoria tanto desde la vertiente de la inserción como en la productiva.

‣ Ámbito laboral y modificación y sustitución de los lugares objeto de reserva. La empresa mantiene sus atribuciones en la relación laboral y por lo tanto, la facultad de emprender las acciones disciplinarias que sean procedentes. En el supuesto que comportara la rescisión del contrato, será obligación comunicarlo a ADIGSA, a los exclusivos efectos de la condición de reserva de puestos de trabajo. En este caso, siempre que las necesidades de la obra lo permitan, se hará una nueva selección para cubrir nuevamente el lugar objeto de reserva; el mismo procedimiento se hará en el caso de bajas por ILT que supongan la no reincorporación del trabajador dentro del plazo previsto para la finalización de la obra.

‣ Ámbito temporal de los puestos de trabajo. La aplicación de la reserva de puestos de trabajo no obliga a la empresa a continuar contratando a los mencionados trabajadores una vez finalizada la obra.

‣ Revocación de la adjudicación y Resolución de contrato. La no aplicación de la reserva de puestos de trabajo por parte de la empresa adjudicataria, podrá ser causa de revocación de la adjudicación o de resolución del contrato, que se realizará en la forma y tendrá los efectos que se indican en lo contrato de ejecución de la obra.

Datos y resultados

Desde su implantación hasta noviembre de 2005, el programa Posa´t a Punt, ha supuesto 1.309 puestos de trabajo reservados y ocupados por personas con dificultades de acceso al empleo.

‣ Datos de 2005:

-**La cláusula se introdujo en un total de 94 obras, con 21 diferentes empresas constructoras.**
-Se colaboró con diez entidades de inserción: Aprise, Arca del Maresme, Can Ensenya, CIRE, Engranes, FIAS, Ideas y Empleo, Infants del Raval, Asociación ED, y APTSHD.
-**Se reservaron un total de 123 puestos de trabajo para 108 personas con dificultades de acceso al empleo**. El número total de reserva de puestos es superior al de trabajadores, ya que una persona puede haber ocupado dos puestos reservados.
-Entre las y los beneficiarios, se destaca que el 18% son perceptores de rentas mínimas de inserción, el 48% desempleados de larga duración y el 34% jóvenes.
-El 42% pertenecen a minorías étnicas y emigrantes extracomunitarios.
-Es muy destacable que en la evaluación del itinerario de inserción se considera deficiente tan sólo en un 12% de los beneficiarios.

Previsiones y acuerdos para el 2006: **durante 2006 un total de 214 personas que estén realizando un itinerario de inserción social trabajarán en las adjudicaciones de contratos de Adigsa.**

Para ello se han firmado convenios con los Ayuntamientos de Badia del Vallès y Berga, y con las entidades Casal dels Infants del Raval, Foment de Terrassa, La Paperera de Vilanova i la Geltrú y la Asociación de Vecinos de Trinitat Nova. Adigsa contacta con entidades que tienen la capacidad de proporcionar personal con formación y capacidad adecuados a los puestos de trabajo y que intervienen en el territorio donde las empresas constructoras ejecutan las obras. Asimismo las cuatro entidades y los ayuntamientos poseen una trayectoria que avala el compromiso de Adigsa. Citemos algunos ejemplos para ilustrar el tipo de entidades con las que se establecen acuerdos:

PUESTOS DE RESERVA DE TRABAJADORES 2005	número	%
COLECTIVO 2005		
PARADOS LARGA DURACIÓN	52	48,15
JOVENES	37	34,00
RENTAS MÍNIMAS DE INSERCIÓN	19	17,59
TOTAL	**108**	**100,00**
MINORÍAS ÉTNICAS		
GITANOS	13	
MAGREBÍES	36	
EXTRACOMUNITARIOS	1	
SUBSAHARIANOS	9	
SUDAMERICANOS	2	
TOTAL	**46**	
RESULTADO DE LA EVALUACIÓN		
MUY BUENO	26	24
BUENO	52	48
CORRECTO	17	16
DEFICIENTE	13	12
TOTAL	**108**	**100**

▸ El Casal dels Infants del Raval, constituida como asociación en 1983, posee como objetivo mejorar la calidad de vida de los jóvenes del barrio en que trabaja. Desarrolla proyectos de orientación e inserción social y laboral e iniciativas de formación ocupacional para promover el acceso al mercado de trabajo de jóvenes en situación de riesgo de exclusión social. Realiza un seguimiento individual a partir de itinerarios de motivación, formativos y laborales. En el año 2005, fueron 350 los jóvenes atendidos.

▸ La Asociación de Vecinos de Trinitat Nova tiene como objetivo mejorar la calidad de vida de los vecinos y vecinas del barrio mediante un proceso de participación informativa y formativa con el fin de que la población obtenga los recursos necesarios para consolidar esta mejora.

▸ El CFO La Paperera es un organismo autónomo de Vilanova i la Geltrú creado en 1988 y organizado en tres áreas específicas: formación, orientación y empleo. Su consejo asesor está integrado por todos los concejales y concejalas del Ayuntamiento y por agentes sociales, económicos, culturales y educativos de la ciudad. Algunas de sus finalidades son: lucha contra el paro y la marginación y las desigualdades sociales, influir en los procesos de aprendizaje y aplicación de nuevas tecnología y la formación permanente de adultos.

▸ Foment de Terrassa se constituyó en 1989. Es una empresa del Ayuntamiento de Terrassa dedicada a la promoción económica local, que se concreta en acciones de información, orientación laboral, bolsa de trabajo, mediación, formación ocupacional y planes de ocupación. La empresa incide especialmente en los colectivos de más difícil inserción.

▸ El Ayuntamiento de Badia del Vallès y el de Berga, mediante los servicios de Bienestar Social y el Servicio de Ocupación, tienen como uno de sus principales objetivos el de incidir en la inserción de las personas con mayor riesgo de exclusión social, además de facilitar la ocupación en sus respectivos municipios.

▸ El CIRE, Centro de Iniciativas para la Reinserción del Departamento de Justicia, tiene como objetivo facilitar la inserción sociolaboral de las personas sometidas a medidas penales que dependen de la Generalitat. Posee acuerdos para la cesión de viviendas públicas que se destinan a internos en régimen abierto, gestionados y tutelados por organismos no penitenciarios. En este marco, Adigsa firma contratos con empresas de inserción en función de las necesidades de cubrir puestos de trabajo y el objetivo de proporcionar empleo a estas personas.

Análisis

La experiencia de Adigsa, relacionando la contratación pública y la inserción laboral deja poco lugar al comentario: sus resultados prácticamente lo dicen todo, al igual que su sistemática de regulación e implantación.

Mientras en otras partes se sigue discutiendo la conveniencia o adecuación jurídica de las cláusulas sociales, Adigsa predica con el ejemplo de 1.300 empleos de inserción, lo que debería constituir suficiente argumento para implementar estas políticas en las distintas administraciones públicas.
Hemos citado algunas de las entidades con las que se establecen acuerdos y convenios para demostrar cómo puede articularse con un partenariado público y privado diverso, numeroso y territorialmente amplio. Sin lugar a dudas una experiencia ejemplar.

En la práctica, las variantes que plantea el programa se centran sobre qué entidad es la responsable de la preselección y seguimiento de los y las trabajadoras de inserción, siendo varias las posibilidades:

▸ Que recaiga la obligación en la empresa contratista y esta deba conveniar o subcontratar con una empresa de inserción la realización de estas funciones, lo que presenta el problema de hacerlo a su cargo y coste.

▸ También se establecen convenios con entidades como CIRE o el Raval, que en cumplimiento de sus objetivos de facilitar la inserción sociolaboral de sus usuarios y usuarias, y con personal propio, realizan la selección y acompañamiento.

▸ En la actualidad se procura que los Ayuntamientos del lugar donde se realizan las obras con sus propios dispositivos realicen estas labores, y faciliten así la inserción laboral de sus vecinos y vecinas.

▸ En el programa además tienen cabida las entidades dedicadas a la inserción sociolaboral: aquellas capacitadas (como Can Ensenya) pueden licitar directamente, también pueden ser subcontratistas de una partida de obra (la que supone el cumplimiento de la cláusula social), y también permite que entidades de inserción realicen la selección y acompañamiento de los trabajadores que ocuparán los puestos objeto de reserva.

En todos los casos, se realiza una valoración positiva de la aplicación, que facilita el trabajo conjunto entre la empresa, los agentes sociales y las administraciones públicas, puesto que la cláusula social ha demostrado su agilidad mediante un protocolo sencillo y de fácil aplicación.

Una vez establecidos los puestos y los perfiles profesionales, solamente resta a Adigsa el coordinar a las entidades locales o de inserción con las empresas constructoras y comprobar su cumplimiento por medio de los informes, los contratos laborales y las altas en la Seguridad Social. Así, la labor del equipo de inserción laboral de Adigsa, se centra en el impulso de la cláusula social, contribuyendo al establecimiento de una gestión transversal y la coordinación entre los distintos agentes que intervienen en el programa, apoyando y reforzando siempre que sea preciso.

La larga experiencia de aplicación del programa y las mejoras adoptadas desde su inicio han permitido asumir su objetivo básico y principal, que es la reserva de puestos de trabajo en las obras licitadas y que sea de obligado cumplimiento. También ha permitido adaptar los perfiles profesionales conforme al tipo de obra a realizar y su duración.

Hay que valorar que se trata de un programa que se desenvuelve en una actividad laboral "normalizada" con el objetivo de acceder al mercado laboral en las mismas condiciones que el resto de personas sin consideración de exclusión social o laboral. "El programa se ha de entender como finalista, es decir el último paso de un proceso de inserción sociolaboral, y es el último grado de una escalera que ha costado subir y que acaba reportando beneficios para las administraciones por pasar a contar con un contribuyente más con sus derechos y deberes [51]" .

El programa está focalizado en la actividad de construcción, con un fuerte crecimiento y elevada demanda de personal, pero se está analizando la posibilidad de extender la cláusula a otros contratos del sector servicios, puesto que el mecanismo es sencillo y la dinámica sería casi similar, por lo que no se precisa sino voluntad política para incluirlo en otras contrataciones públicas y servicios.

"El programa es una experiencia importante como modelo de cláusula social, que posibilita nuevas formas de trabajo en manos de técnicos y responsables sociales, y además supone una oportunidad para las empresas ordinarias de asumir una auténtica valorización de su esfera social frente a visiones tradicionales que consideran la dinámica social como ajena a la naturaleza de la empresa, y ha permitido vehicular la promoción de un sector de la sociedad que de lo contrario se encontraría alejada del mercado laboral [52]"

Documentación adjunta en el CD-ROM

▸ Acta de Formalización de Reserva de Puestos de Trabajo.
▸ Modelo de Convenio con la entidad colaboradora en inserción sociolaboral.
▸ Pliego de Bases ADIGSA: Concurso Obras Generales 2006, PDOR-8-B.
▸ Anexo. Regulación de la Cláusula Social contenida en el Pliego de Bases, referida a las obras que incorporan reserva de puestos de trabajo.

51- 52. Texto literal extraído de un informe de evaluación realizado por los y las técnicas de Adigsa.

5. AYUNTAMIENTO SANT BOI DE LLOBREGAT

Resumen

El Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat (80.000 habitantes) ha relacionado la contratación pública con la inserción de las personas pertenecientes a colectivos de difícil empleabilidad, adoptando diferentes estrategias. Por una parte se creó una empresa con capital municipal para la ejecución de diversas obras y servicios, ofreciendo un recurso transitorio de empleo; y por otra se incorporó en los Pliegos Administrativos de las licitaciones de obras públicas una cláusula social con la intención de reservar puestos de trabajo para ser ocupados por aquellas personas que se encuentran en riesgo de exclusión social.

Vamos a analizar por separado la inclusión de cláusulas sociales en la adjudicación de contratos y la creación de un mercado tutelado.

Mercado tutelado: Coressa y Corinsert

En el año 1990 el Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat constituye la empresa municipal CORESSA (Corporació d'Empreses i Serveis de Sant Boi, SA.) con el objetivo de promover la actividad económica y ofrecer diferentes servicios a sus ciudadanos. Coressa dedica gran parte de sus recursos y programas al acompañamiento de colectivos con mayores dificultades de empleabilidad, y así en el año 2000 -dependiente de su propio organigrama- se crea CORINSERT, como Servicio Municipal de Inserción, dirigido a las personas con más necesidad y mayores dificultades de inserción laboral, tales como desempleadas de larga duración, jóvenes sin cualificación, mujeres con cargas familiares, personas con discapacidad, mayores de 45 años, etc.

Para hacer efectivo el objetivo, se utiliza la fórmula de las empresas de inserción (de titularidad y capital municipal), creando al efecto un mercado tutelado para garantizar la continuidad de los trabajos, la viabilidad del programa y la obtención de un significativo número de empleos de inserción transitorios.

Destacamos el valor innovador del Ayuntamiento de Sant Boi: analizan las partidas presupuestarias anuales dedicadas a obras, servicios y mantenimientos municipales, concretando que muchas de ellas no requieren un elevado grado de especialización y que pueden ser ejecutadas por personas sin un elevado nivel técnico, siempre, eso sí, bajo la dirección y supervisión de un responsable cualificado. La conclusión y puesta en práctica, supone que el Ayuntamiento contrata con Corinsert las obras y servicios públicos que reúnen estas características, fundamentándolo en el carácter prioritario que tiene para el Ayuntamiento la inserción laboral de colectivos desfavorecidos.

De este modo, el Servicio de Inserción CORINSERT presta dichos servicios y permite la contratación en régimen laboral, con un periodo de permanencia máximo de dos años de personas con dificultades especiales para encontrar trabajo. Se entiende que el tiempo ha de ser suficiente para mejorar la situación de exclusión, pero se ha de limitar ya que se trata de un programa diseñado con el objetivo final de conseguir la inserción laboral en la empresa ordinaria, así rota el personal y es la manera de beneficiar al mayor número de personas.

CORESSA presta, entre otros, los siguientes servicios: limpieza viaria de calles y plazas, recogida y gestión de residuos, limpieza de fachadas, rehabilitación y adecuación de plazas y espacios públicos, gestión del depósito municipal de vehículos, gestión de los aparcamientos urbanos, control de mercados municipales ambulantes, etc. Corinsert por su parte realiza las siguientes actividades: jardinería, construcción y actuación ambiental.

Características principales del programa

- El programa forma parte de un itinerario integrado e integral de inserción laboral, que disponiendo de distintos recursos proporciona el más idóneo de acuerdo a la fase del proceso y las circunstancias personales y profesionales. En este caso se dispone de un excelente recurso para ofrecer oportunidades laborales, que suele ser el déficit más acusado en muchos programas de empleo.
- Se ofrece a las personas procesos personalizados y asistidos de empleo remunerado. Los participantes adquieren formación técnica y experiencia práctica en un oficio.

- Cada puesto de trabajo está remunerado desde el primer momento, pero no conforme al convenio sectorial, sino a uno propio acordado con los sindicatos, superior al de jardinería e inferior al de construcción, precisamente para incentivar su acceso al empleo ordinario.

- Un tutor o tutora de inserción lleva a cabo un seguimiento continuado y personalizado de la evolución de cada participante, formando equipo con el responsable técnico de la respectiva especialidad.

- Considerando el momento adecuado, se deriva a los participantes al servicio de intermediación y participa en los procesos de selección de las ofertas que se reciben. Posteriormente se realiza una valoración del proceso realizado.

Datos y resultados

En el año 2000 Corinsert contaba con 26 personas trabajando, de las cuales 9 formaban parte del equipo de gestión y 17 integraban el colectivo de inserción.

En el año 2005 un total de 113 personas han formado parte de Corinsert, de las cuáles 81 han sido operarios con perfil de inserción y 32 han integrado el equipo de profesionales. Durante este año se han insertado en empresas externas un total de 18 operarios/as del servicio.

El perfil general es de una persona mayor de 35 años, con nivel formativo escaso o nulo, con muy baja o sin cualificación profesional y precaria experiencia en el ámbito laboral. Se trata de personas con una problemática social y personal que les sitúa en un riesgo evidente de exclusión social y laboral.

La Cláusula social en los Contratos Públicos

La fórmula de la cláusula social en los contratos públicos posibilita que el gasto público que realiza el Ayuntamiento, genere también un beneficio social, facilitando el acceso al empleo a las personas que presentan una situación de riesgo de exclusión social, ya que partiendo de una actividad productiva real se les permite el aprendizaje de hábitos sociales y laborales, y una cualificación profesional que facilita el acceso al mercado laboral ordinario.

Directrices políticas municipales

Este proyecto es fruto de una serie de directrices políticas que se fueron concretando a partir del año 2002, mediante un encargo político al Área de Acción Ciudadana y específicamente al Departamento de Servicios Sociales. Los pasos fueron las siguientes:

- Pacto Local de Ocupación y Dinamismo Económico (1999-2003), en donde se incide que "en las actuaciones municipales y en los procedimientos de inversión pública, contrataciones y concesiones administrativas incluirán, siempre que se pueda, criterios sociales y de creación de ocupación".

- Aprobación por parte del Pleno Municipal el 18 de diciembre de 2000 sobre la introducción del clausulado social en el ámbito de la contratación administrativa

.

  - "La introducción en el ámbito de la contratación administrativa de la exigencia del cumplimiento de una cláusulas social, como un elemento de discriminación positiva, mediante la ejecución del desarrollo de un proyecto de inserción laboral: una

parte definida que será aplicable genéricamente a todas las actuaciones y otra que se definirá específicamente en atención al colectivo al que se dirige la actuación, siempre en relación con el tipo de actuación a realizar".

- "El establecimiento de mecanismos de control necesarios para garantizar la plena efectividad de los compromisos adquiridos por las empresas adjudicatarias sobre la cláusula social".
- "La exigencia a todas las empresas subcontratistas que también cumplan con el requisito asumido por el contratista principal sobre la contratación de personas pertenecientes a colectivos especialmente desfavorecidos y establecer los mecanismos de control que sean necesarios para la constatación de esta circunstancia".

‣ Plan de Actuación Municipal 2000-2003, en el que se acuerda: "Potenciar la inclusión de las cláusulas sociales en los concursos municipales para facilitar la contratación de personas con dificultades de inserción laboral."

Desarrollo del proceso de implantación de las cláusulas sociales

Se analizan posibilidades recogidas por la Comisión Europea de lucha contra la exclusión social, que apuntaban a la contratación pública como herramienta y se estudian iniciativas ya en marcha.

Se encarga su diseño al Área de Acción Ciudadana y se identifica cuales son las áreas necesarias para su implementación.

A finales del año 2002 se crea una comisión para impulsar el proyecto liderada por el Área de Acción Ciudadana y formada por el Área de Diseño y Promoción de la Ciudad, Promoción de la Actividad Económica (CORESSA), Área de Servicios de la Ciudad, y Servicios Jurídicos. Entre sus funciones se encuentran las de identificar las obras o servicios susceptibles de incluir las cláusulas sociales y velar por el cumplimiento del clausulado en la contratación pública realizada. La transversalidad como metodología y la implicación de distintas áreas del Ayuntamiento se configura como un factor fundamental de éxito del proyecto.

Fruto del trabajo de esta comisión fue el diseño y elaboración del proyecto en el que se incluye un informe jurídico que analiza las posibilidades de introducción de cláusulas sociales, y la creación del dispositivo de inserción que es una de las piezas claves del proyecto.

Metodología

Adjudicación de la obra

‣ Para cada adjudicación el departamento de cada Área gestiona sus contrataciones y elabora los pliegos. En el caso que la obra reúna los requisitos establecidos se acuerda su tramitación y licitación con cláusula social.

‣ Los requisitos que se contemplan para incorporar el clausulado social en los pliegos de las obras son: que la obra tenga como mínimo una duración de 6 meses de forma continuada con el objetivo de garantizar la correcta adaptación de los trabajadores al puesto de trabajo, y que el importe de adjudicación sea superior a 240.000 euros, para posibilitar una mayor reserva de puestos de trabajo.

‣ Un técnico municipal analiza el proyecto de obra y define los perfiles profesionales y el número de reserva de puestos de trabajo de inserción que puede generar su ejecución.

‣ En el Pliego que regula las condiciones contractuales, se establece un baremo de puntuación -entre el 5% y el 10% del total de la licitación-, y las empresas que desean obtener esta puntuación en la licitación se adhieren de forma voluntaria a este compromiso, mediante un documento de adhesión a las cláusulas sociales, en el que las empresas especifican su voluntad de asumirla y el número de trabajadores que se beneficiarán del proyecto.

Segunda fase: Inicio de la obra.

‣ Se pone en marcha el Dispositivo de inserción, que se encarga inicialmente de la preselección de candidatos para ocupar la reserva de puestos de trabajo en función de los perfiles profesionales.

‣ Se realiza una primera reunión entre los técnicos del dispositivo de inserción y la empresa adjudicataria (el responsable y el encargado de la obra) para tratar:
a) Definición específica de los perfiles.
b) Fecha de presentación de los candidatos (3 por puesto de trabajo)
c) Participación de la empresa adjudicataria en el seguimiento del itinerario de inserción. El adjudicatario de la obra decidirá las personas que contratará para la ejecución de la obra.
d) Designación de la persona de referencia dentro de la obra para el seguimiento del usuario.

‣ Una vez resuelta la licitación, la empresa adjudicataria procede a la selección de los trabajadores, argumentando los motivos de los aceptados y rechazados.

‣ Concretadas las personas beneficiarias del proyecto, el dispositivo de inserción procede a diseñar y pactar con las personas seleccionadas el itinerario de inserción individual que se seguirá hasta que finalice el contrato.

Tercera Fase. Seguimiento y final de la obra.

‣ Entrevistas de seguimiento: El seguimiento (una o dos horas mensuales) se comenzó a realizar a pie de obra pero generaba problemas, en primer lugar las visitas de la tutora se percibían de forma negativa hacia las personas contratadas ya que suponía un factor diferenciador y hasta estigmatizante, además se produjo alguna queja por la interrupción del ritmo de trabajo y la productividad. Por ello, posteriormente se adoptó el acuerdo de realizar el seguimiento en las dependencias municipales, mediante un permiso consensuado y aceptado previamente con el encargado.

‣ Elaboración de informes periódicos sobre la evolución que siguen los beneficiarios sobre aquellos aspectos relacionados con las habilidades profesionales, hábitos y motivación del trabajador por la técnico de inserción: igualmente la Comisión de Seguimiento realiza reuniones para valorar los informes mensuales.

‣ Gestión de bajas y sustituciones. Si la empresa detecta problemas con algún trabajador ha de comunicarlo al dispositivo de inserción para poder intervenir y establecer los acuerdos que sean necesarios teniendo en cuenta la situación de los beneficiarios. En caso de la rescisión de un contrato la empresa ha de comunicarlo y explicar los motivos a los técnicos de inserción.

‣ Tratamiento y redefinición del itinerario de inserción si fuera necesario.

‣ Elaboración de informes de valoración final, con detalle de incidencias, cumplimiento de objetivos y propuestas de mejora. Se utilizan unos protocolos que se adjuntan en el CD, una se emplea para analizar el grado de empleabilidad y la segunda es una evaluación del trabajador en el puesto a lo largo del contrato.

‣ Una vez finalizado el contrato de la obra, la empresa no tiene ninguna obligación con el trabajador. Según el resultado del informe de evaluación el dispositivo de inserción propone diferentes alternativas: la continuidad o no en el programa (pueden repetir su presencia en el proyecto como máximo durante dos años), la inserción a una empresa ordinaria, o la derivación a otros programas de la empresa municipal CORESSA.

La Comisión de Seguimiento se reúne como mínimo dos veces al año, al principio del ejercicio se realizan las propuestas de obras que serán necesario licitar mediante concurso público y a final de año se evalúa el seguimiento de las actuaciones y se realizan propuestas de mejora para el desarrollo de las diferentes acciones que contempla el proyecto.

Si bien inicialmente las empresas tienen la percepción de que la cláusula social ralentizará los plazos de ejecución de la obra, el resultado final es que su visión se torna positiva, por un lado porque les plantea la oportunidad de conocer y disponer de

mano de obra ya formada, necesaria para la ejecución de otras obras, y por otro el riesgo de contratar a trabajadores que puedan presentar dificultades y/o conflictos en la obra queda mermado por el trabajo que realiza el dispositivo de inserción, ya que se les garantiza el seguimiento de estos trabajadores así como mediar y actuar en las situaciones conflictivas que se puedan generar.

Manifiestan que el resultado más satisfactorio obtenido es que al final del periodo de contratación pactado, la empresa se quede al trabajador para ejecutar otras obras sin cláusulas sociales.

Resultados

El resultado obtenido durante estos años ha sido muy positivo tanto en el proceso como en los resultados obtenidos. Las adjudicaciones licitadas por concurso público con cláusulas sociales se han realizado con proyectos de obras, ya que la mayoría de contratos de servicios que requieren baja cualificación los viene asumiendo la empresa municipal CORESSA y por tanto ya cumplen con esta finalidad social y el resto de servicios contratados que requieren un nivel más alto de cualificación no se ajustan al perfil de personas disponibles para participar en el proyecto. Sin embargo, piensan que la experiencia es extrapolable a contrataciones de servicios que no requieran una especialización muy alta y a su vez podría dar cobertura a la contratación de mujeres que es donde se registra el mayor número de personas desocupadas.

- En el periodo 2003-2005 se han adjudicado 11 obras con cláusulas sociales, y se ha trabajado con seis empresas diferentes.
- **Mediante la cláusula social, se han firmado un total de 27 contratos de trabajo**.
- **Han supuesto la contratación de 21 personas con dificultades de acceso al empleo** (hay personas que repitieron contrato, conforme al itinerario diseñado por el dispositivo de inserción).
- La duración de los contratos oscila entre un mínimo de seis meses y un máximo de dieciocho.
- 7 personas contratadas causaron baja.
- 14 personas terminaron el contrato con la empresa adjudicataria.
- 11 de estas personas se han incorporado al mercado de trabajo.

Análisis conjunto

Lo más significativo del Ayuntamiento de Sant Boi, resulta el carácter integral de los dispositivos de inserción laboral, dentro de los cuales, las cláusulas sociales son facilitadoras de oportunidades laborales para sus usuarios y usuarias, potenciando la efectividad del resto de recursos. Y por otro lado, mediante Coressa y Corinsert, en el marco de un itinerario definido se dispone de servicios de acogida, orientación, formación ocupacional, talleres de ocupación, escuela taller, club de empleo, apoyo a emprendedores, vivero de empresas, intermediación laboral dirigida a empresas ordinarias, así como empresas propias municipales e inserción.

El valor que además distingue el caso de Sant Boi, y merece la pena ser destacado como buena práctica en cuanto a utilización de la contratación pública como instrumento de inserción laboral es el hecho que en lugar de seguir la dinámica mayoritaria de subcontratar o privatizar servicios, ha creado una empresa de capital público con el objetivo de proporcionar empleo a las personas con mayores dificultades de acceso al mismo.

Ambas acciones se plantean dentro de un itinerario de inserción de las personas inscritas en los servicios sociales como una oportunidad de empleo transitoria, que servirá para adquirir capacitación, hábitos y habilidades que les faciliten posteriormente su inserción laboral en el mercado ordinario, se trata de recursos transitorios.

Se destaca positivamente la interacción entre las distintas áreas municipales y la voluntad de velar por el cumplimiento de la inserción laboral ("vamos todos a una") sin atender exclusivamente a la especialización; el técnico de obras o el responsable de contratación, también son garantes de su correcta ejecución, y sea a pie de obra, firmando certificaciones, gestionando un equipo o comprobando la documentación administrativa, están comprometidos con que se ejecute debidamente y cumpla su cometido, puesto que se trata de una obligación más de ejecución como si se tratara de cumplir la ley de prevención de riesgos laborales o de aportar el material indicado en las especificaciones técnicas.

Documentación adjunta en el CD-ROM

- Proceso Cláusula Social Sant Boi. Define orgánica y secuencialmente el establecimiento de la cláusula social en las licitaciones.
- Modelo Anexo Cláusula Social en Pliegos Sant Boi. Es el pliego modelo anexo referido a la cláusula social y la reserva de puestos de trabajo para personas en situación de exclusión.
- Modelo Adhesión a la Cláusula Social Sant Boi. Ficha modelo que deben suscribir los licitadores en el proceso de adjudicación si desean comprometerse a cumplir la cláusula social y obtener la puntuación establecida.
- Informe Jurídico San Boi. Informe de la letrada Antonio Clara Pons sobre las posiblidades de introducir cláusulas sociales en los contratos públicos.

ANEXOS
documentación complementaria

VII. ANEXOS. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA

MAPA DE CLÁUSULAS

ANÁLISIS DE EXPERIENCIAS

PLIEGOS APROBADOS Y APLICADOS

PLIEGOS TIPO, MODELO DE PLIEGOS CON CLÁUSULAS SOCIALES

LEGISLACIÓN DE CONTRATOS Y NORMATIVA CON CLÁUSULAS SOCIALES

DICTAMÉNES E INFORMES JURÍDICOS

JURISPRUDENCIA

PONENCIAS Y OPINIÓN

ACUERDOS MUNICIPALES