

# Les clàusules socials des de la perspectiva del Dret de la competència

María José Vañó Vañó

*Profesora Titular de Universidad  
Secretaria IUDESCOOP  
Vocal Comisión Defensa de la Competencia de la  
Comunitat Valenciana*

*mjvanyo@uv.es*



*Proyecto de investigación coordinado UV-UPV (2013-2015)*

1

# CLAUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó

2



## ¿QUÉ SON LAS “CLÁUSULAS SOCIALES”?

*inclusión de aspectos sociales en los procesos de contratación pública*

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó

**Cláusulas sociales:** Potestad de los poderes públicos para su incorporación a la contratación administrativa con el fin de dar cumplimiento a sus fines o políticas públicas.

Las cláusulas sociales se podrán introducir en los procedimientos de contratación pública de servicios siempre que **no alteren las reglas de la competencia**.

Incorporación a las diferentes fases del contrato:

- Como requisito previo (**Criterio de Admisión o Reserva de Mercado**),
- Como elemento de valoración (**Criterio de Adjudicación**),
- Como una obligación inherente al contrato (**Condición de Ejecución**).

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó

## OBJETIVO: POLÍTICAS PÚBLICAS TRANSVERSALES.

**¿Por qué?** La contratación administrativa no puede permanecer ajena a los principios rectores de la política social y económica.



- Acceso al mercado laboral,
- igualdad entre Hombres y mujeres,
- medio ambiente,
- comercio justo

**Rentabilidad social:** Combinar criterios económicos y sociales en la contratación puede suponer ahorro de gasto público social.

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó



## MODALIDADES DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó

## Disposición adicional quinta D.A. 5ª TRLCSP. *Contratos reservados.*



TODOS SOMOS DIFERENTES

Reserva en los procedimientos de adjudicación de contratos a **Centros Especiales de Empleo**, y a empresas de inserción

Reserva de la ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el **30 por 100 de los empleados de los Centros Especiales de Empleo, empresas de inserción o de los programas de empleo protegido sean trabajadores con discapacidad o en riesgo de exclusión social.**



En el **anuncio de licitación** deberá hacerse referencia a esta norma.

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó

## Cláusulas sociales relativas a personas con discapacidad o riesgo de exclusión (DA4 TRLCSP)

Reconocimiento de ventajas a empresas que tengan en su plantilla a personas con discapacidad o en situación de exclusión social o empresas sin ánimo de lucro (acreditación mediante certificado)

**Pliego de cláusulas:** 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 con discapacidad superior al 2%, siempre que dichas proposiciones iguales en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.

En caso de empate, se adjudicará a la que acredite mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó

## Cláusulas sociales por razón del objeto

- Preferencia en la adjudicación a empresas de inserción (Ley 44/2007)
- Preferencia en la adjudicación en caso de servicios de carácter social o asistencial a entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, si su actividad está directamente relacionada con el objeto del contrato.
- Preferencia en la adjudicación a las empresas que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de comercio justo para las proposiciones presentadas por entidades reconocidas como organizaciones de comercio justa.

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó

9

## Cláusulas de igualdad entre hombres y mujeres

- Políticas públicas
- Preferencia en la adjudicación de los contratos, si cumplen con medidas tendentes a promover igualdad efectiva entre hombres y mujeres.
- Clausulas especiales de ejecución: medioambientales, sociales (art. 118 TRLCSP)

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó

10

## CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS.

Valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa:

- **criterios directamente vinculados al objeto del contrato:**
  - calidad,
  - el precio,
  - la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio,
  - el plazo de ejecución o entrega de la prestación,
  - el coste de utilización,
  - las **características medioambientales** o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las **categorías de población especialmente desfavorecidas** a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar,
  - 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.

Quando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó

## ***Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro***

Preferencia en la contratación:

- De empresas que **superan el porcentaje mínimo** de contratación de trabajadores con discapacidad.
- De **empresas de inserción social**
- 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, si su finalidad o actividad tiene relación directa con el objeto del contrato.

Regla de desempate en la adjudicación:

- Cuando tengan por objeto productos en los que exista alternativa de comercio justo.

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó

## Condiciones especiales de ejecución del contrato. Fijadas por los órganos de contratación

1. Siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato.

– Clases:

- de **tipo medioambiental**
- 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 de la Unión Europea, o **garantizar el respeto a los derechos laborales básicos** a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.
- **2. En los pliegos se podrán fijar penalizaciones para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución. O podrán calificarse como obligaciones esenciales.**
  - Si no se fijan como incumplimiento y causa de resolución del contrato, podrá ser considerado infracción grave, con las consecuencias fijadas por la normativa en relación a esta cuestión.

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó

Normas  
claras



## SOMETIMIENTO A LAS REGLAS DE LA COMPETENCIA

## Sometimiento a las reglas de la competencia

**Sujetos:** Entidades del sector público que intervienen en el mercado como demandantes de bienes y servicios o a través de procedimientos de contratación pública.

**Cada vez que una autoridad pública adjudica un contrato está produciendo un impacto en el mercado y en el entorno**

**Objetivo:** fomentar la competencia en los procesos de contratación pública con el fin de prevenir o evitar actuaciones colusorias por parte de los licitadores.

Atención especial a la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia

## Elementos esenciales a tener en cuenta en los procedimientos

¿De qué forma pueden ayudar las entidades del sector público a fomentar la competencia en los procesos de contratación pública?

- Utilizando procedimientos de contratación que ni en el diseño, ni el desarrollo, ni en la ejecución del contrato introduzcan *restricciones injustificadas* a la competencia.
- Ayudando a prevenir y combatir potenciales actuaciones ilícitas de colusión de las empresas oferentes en el proceso (*bid rigging*)



## Inclusión de cláusulas sociales



las políticas de protección social y los principios de discriminación positiva deberán respetar las “reglas del juego”, en particular cuando su incorporación puede afectar de manera relevante al mercado, y por tanto, se debe cuidar sobremanera, su sometimiento a las reglas de defensa de la competencia

## Como seleccionar el procedimiento de contratación más favorable a la libre competencia

**Recomendación:** Procedimiento abierto

### Procedimientos **alternativos:**

- **Procedimiento restringido.** Utilización de criterios objetivos y justificados
- **Procedimiento negociado.**
  - El contrato recae en el licitador elegido por la entidad contratante, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios candidatos. Procedimiento extraordinario. Menores garantías.
  - Licitaciones desiertas. Ante esta situación, es conveniente replantearse mantener el procedimiento original con algunas modificaciones que permitan abrir la licitación a un número suficiente de operadores.
  - Circunstancias sobrevenidas. Solo admisibles de modo excepcional o para hechos imprevisibles, y por necesidad urgente.
- **Diálogo competitivo**
- **Tramitación de urgencia**
- **Acuerdos marco y sistemas dinámicos de contratación**

### ¿Cuáles son, por tanto, las cláusulas que pueden causar restricciones a la libre competencia?

#### Relativas al acceso

1. Queda prohibida la cláusula que supedita el acceso a la licitación a que las entidades participantes cuenten con una forma jurídica determinada. A salvo quedan las excepciones reconocidas por la Ley de Empresas de Inserción y TRLCSP.
2. No podrán introducirse cláusulas que discriminen por razones de territorio, o por experiencia vinculada al territorio.
3. No se admiten cláusulas que exijan que la ubicación de las instalaciones de los posibles adjudicatarios esté en un territorio determinado.
4. Está prohibida la referencia a tipologías, marcas o especificaciones técnicas en relación con los bienes objeto del contrato.
5. No podrá exigirse la contratación de seguro de responsabilidad de cuantía excesiva en relación con el objeto del contrato.
6. Queda prohibida la introducción de elementos que favorezcan a empresas ya establecidas o que lleven tiempo trabajando en el sector, atribuyendo una ponderación excesiva a parámetros que pueden llevar a una discriminación entre licitadores en la fase de adjudicación y ejecución del contrato.

### Relativas a la adjudicación y ejecución I

7. Deberán evitarse cláusulas que induzcan a confusión entre los criterios de adjudicación y de solvencia.
8. No podrá utilizarse a los efectos de la adjudicación del contrato, el grado de satisfacción de la Administración con dicha ejecución ya que contribuirá a discriminar y crear barreras de entrada contra potenciales contratantes.
9. No es admisible la inclusión de la experiencia como elemento a valorar para la adjudicación del contrato puesto que ésta guarda relación con el contratista y la evaluación de la capacidad debe realizarse en la fase de admisión y no en la adjudicación.
10. Se podrá utilizar como criterio de adjudicación el de la calidad de la oferta contractual, pero en ningún caso los niveles de calidad obtenidos por las empresas en prestaciones semejantes a la del objeto del contrato.
11. No podrá utilizarse una cláusula de derecho de preferencia o de concesión de ventajas al vigente titular del contrato, al que se le otorga una mayor puntuación, por el mero hecho de su titularidad en el caso de que su oferta obtenga una valoración similar a la de sus competidores.
12. Tampoco debe ser utilizada la cláusula de tanteo en la medida en que permite al beneficiario subrogarse en la posición del licitador que resulte adjudicatario, sustituyéndole en el contrato.

## Relativas a la adjudicación y ejecución II

13. Deberán fijarse límites a los precios, tarifas u otras características del servicio con el fin de evitar la presencia de “ofertas temerarias”.
14. Deberá evitarse otorgar un peso excesivo a criterios no relevantes para la prestación del servicio o que impongan costes adicionales a los licitadores en relación con el vigente titular del contrato.
15. No debe limitarse la adjudicación a la oferta con “precio más bajo”, deberá utilizarse el **sistema de oferta económicamente más ventajosa** con el fin de que se escoja la que mejor pueda satisfacer los objetivos del contrato, **cumplimiento de criterios sociales, medioambientales...**
16. Deberán concretarse claramente el sistema de atribución de puntuación a los criterios de valoración con el fin de **evitar un amplio margen de discrecionalidad** que produzca restricciones de la competencia.
17. Se deberá **evitar el conocimiento ex ante del umbral de anormalidad de las ofertas**, que puede llevar a una concertación de precios entre licitadores.
18. Deberán **evitarse plazos excesivamente largos** que impidan a otros operadores acceder al mercado, y también los **excesivamente cortos** que impidan una amortización adecuada de las inversiones realizadas.

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó

## La colusión entre oferentes a licitaciones

La colusión entre oferentes en una licitación pública se produce cuando éstos se ponen de acuerdo para fijar el precio o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado, con el objetivo de obtener mayores beneficios del concurso o subasta pública

- **¿Por qué es perjudicial la colusión entre licitadores?**
  - afectan negativamente tanto a la competencia en los mercados de los bienes y servicios licitados como a la gestión que las Administraciones hacen de los recursos públicos. Los ciudadanos se ven así doblemente perjudicados: como consumidores, al reducirse o eliminarse la competencia en el mercado, y como contribuyentes, al generarse un mayor coste en la contratación pública. Según distintas estimaciones, los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%.

## ¿Qué normas sancionan la colusión entre oferentes en una licitación pública?

La colusión entre empresas se encuentra prohibida por el artículo 1 de la LDC, y, de acuerdo a su artículo 62, podría ser considerada infracción muy grave.

En este caso, el artículo 63 contempla la posibilidad de imponer una multa que podría alcanzar el 10% de la cifra total de negocios de la empresa, o, cuando no fuera posible delimitarla, una multa de más de 10 millones de euros.

## ¿Qué formas puede adoptar la colusión entre oferentes?

**Acuerdos de fijación de precios:** con el fin de alcanzar un precio superior al que se derivaría de una licitación competitiva, los licitadores pueden, entre otras opciones, acordar los descuentos ofertados, fijar precios mínimos de participación, o aplicar una misma fórmula de cálculo de precio.

**Acuerdos de reparto de mercado:** Las empresas licitadoras pueden tratar de acordar el reparto de mercados geográficos o de clientes. Es habitual que este reparto de licitaciones se realice en base a las cuotas de mercado pre-existentes.



## VALORACIÓN FINAL. CLÁUSULAS PERMITIDAS

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó

25

## TIPOS DE CLÁUSULAS SOCIALES

- Cláusulas que introducen requisitos sociales para acceder a la licitación pública.
- Cláusulas que otorgan una puntuación concreta en el baremo de adjudicación.
- Cláusulas de desempate.
- Cláusulas que establecen condiciones sociales en la ejecución del contrato.

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó

## Algunos ejemplos de cláusulas recomendadas

“...se reservará la participación en la adjudicación del presente contrato, para ser adjudicados entre entidades en el marco de programas de empleo protegido. Podrán participar en la presente licitación los Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción Sociolaboral, Centros Ocupacionales y entidades sin ánimo de lucro que desarrollen programas de empleo protegido y tengan por objeto la integración sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Todas las entidades deberán estar legalmente constituidas y debidamente clasificadas en los registros correspondientes”

“Se otorgará hasta 10 puntos al licitador que se comprometa a emplear para la ejecución del contrato a un mayor número de personas con dificultades de acceso al mercado laboral, siempre que supere el porcentaje mínimo establecido como condición de ejecución. El resto de licitadores obtendrán una puntuación decreciente y proporcional, conforme a la siguiente fórmula:”

$$P = (NPD/MO) \times 10$$

- P: Puntuación obtenida
- NPD: Número de personas desfavorecidas del mercado laboral que se compromete a contratar el licitador
- MO: Mejor oferta sobre contratación de personas con dificultades de acceso al mercado laboral”

mjvanyo@uv.es  
 María José Vañó Vañó



## Preferencia en la adjudicación de contratos a determinadas empresas y entidades sociales

- Empresas que tengan en su plantilla un número de **trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100.**
- **Empresas de inserción, con un 30 por ciento** de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los colectivos en situación de **exclusión.**
- **Entidades sin ánimo de lucro,** siempre que su finalidad tenga relación directa con el objeto del contrato.
- Organizaciones de **Comercio Justo,** en contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo.

«Siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas»

mjvanyo@uv.es  
 María José Vañó Vañó



## LES CLÀUSULES SOCIALS DES DE LA PERSPECTIVA DEL DRET DE LA COMPETÈNCIA

*María José Vañó Vañó*  
*Profesora Titular De Universidad*  
*mjvanyo@uv.es*

mjvanyo@uv.es  
María José Vañó Vañó