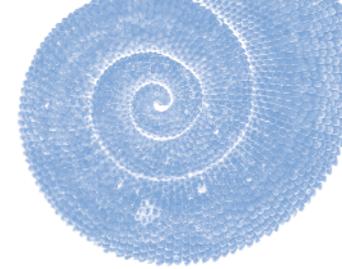


# **Aspectos sociales en la contratación pública.**

**Propuestas legislativas  
del sector de la discapacidad**



Colección:



Director: Luis Cayo Pérez Bueno

## Índice

Edita: Comité Español de Representantes de  
Personas con Discapacidad - CERMI

Edición: Octubre de 2005

Diseño: Empero®

Diseñador gráfico: David de la Fuente Coello

Foto de portada: David de la Fuente Coello

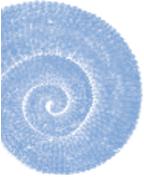
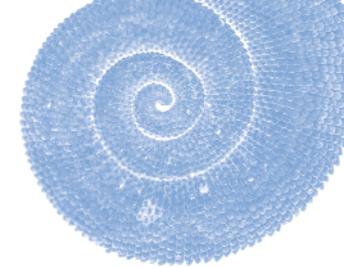
Realización: Galenas

D.L.: M-

ISBN: 84-609-7457-X

Imprime: Gráficas Monterreina, S.A.

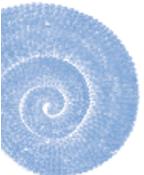
I. CUESTIÓN SOMETIDA A DICTAMEN .....	5
II. EVACUACIÓN DEL DICTAMEN .....	7
II.1. INTRODUCCIÓN .....	8
II.2. ASPECTOS SOCIALES DE LA DIRECTIVA 2004/18/CE. PROPUESTAS CONCRETAS PARA SU TRANSPOSICIÓN .....	9
II.2.1 Requisitos de accesibilidad y de diseño para todos .....	9
II.2.2 Reserva de Contratos a Centros Especiales de Empleo .....	26
II.2.3 Condiciones de ejecución del contrato .....	47
II.2.4 El empleo de personas con discapacidad como criterio de desempate .....	56
II.2.5 Exclusión de un licitador por incumplimiento de la legislación social .....	73
II.2.6 Criterios adicionales de adjudicación del contrato .....	88
III. CONCLUSIONES .....	111



## I. Cuestión sometida a dictamen\*

## I. CUESTIÓN SOMETIDA A DICTAMEN

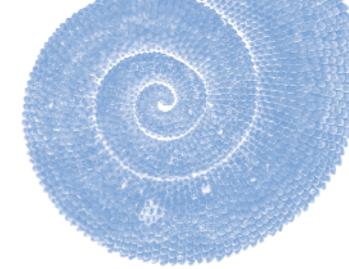
---



El COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI) nos solicita un dictamen donde se analice la futura transposición al derecho nacional de los aspectos sociales de 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 suministros y de servicios.

A su vez se pide que se incluya en el dictamen una propuesta normativa concreta para la transposición en la norma nacional de los preceptos relacionados con los aspectos sociales contenidos en la citada Directiva, en aras de que la misma pueda ser elevada a distintos departamentos ministeriales y, con carácter especial, al Ministerio de Economía y Hacienda, y al Ministerio de Administraciones Públicas.

Reflejada la cuestión sometida a Dictamen, procedemos sin más preámbulos a profundizar en el tratamiento de los aspectos objeto de análisis.



## II. Evacuación del dictamen

### II.1.- INTRODUCCIÓN.

En fecha 30 de abril de 2004 fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DO 2004/C 134) 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 suministros y de servicios.

Mediante dicha Directiva, además de proceder a refundirse la normativa anterior sobre la materia en un único texto, se incorpora la doctrina contenida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores 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 al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

Acto seguido haremos una concreta referencia a los aspectos sociales incluidos en la presente Directiva, debiendo únicamente señalar con carácter previo que los Estados miembros deberán poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 31 de enero de 2006 (artículo 80 de la Directiva).

En nuestro país, y con independencia de otro tipo de medidas reglamentarias y administrativas que se pongan en vigor para el debido cumplimiento de lo dispuesto en esta Directiva, respecto a lo que se refiere propiamente a la transposición de la misma, deberá efectuarse mediante una norma con rango de ley, dado que podrían verse afectadas otras normas actualmente vigentes con ese mismo rango legal.

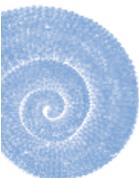
### II.2.- ASPECTOS SOCIALES DE LA DIRECTIVA 2004/18/CE. PROPUESTAS CONCRETAS PARA SU TRANSPOSICIÓN.

#### II.2.1.- REQUISITOS DE ACCESIBILIDAD Y DE DISEÑO PARA TODOS.

a) Comentarios sobre esta medida:

Según información recibida del propio CERMI, existen ya varios países cuya legislación exige la accesibilidad como requisito inexcusable en la compra de bienes, servicios y contratos de obras.

Podemos citar entre los mismos a Australia, Canadá o Estados Unidos, siendo este último uno de los países con una mayor tradición en este ámbito. De hecho, la normativa estadounidense en materia de discapacidad obliga a la Administración federal a proporcionar a los trabajadores con discapacidad y al público en general productos e información electrónica en condiciones de acceso comparables a las que disfrutaban las personas sin discapacidad. Las agencias federales garantizan la accesibilidad de las tecnologías utilizadas. En la práctica esto

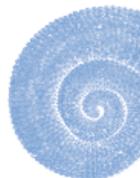


significa que los funcionarios gestores de procedimientos de compra deben tener en cuenta la tecnología más accesible. Por otra parte, las empresas licitadoras deben facilitar a la Administración en cuestión información detallada acerca de la accesibilidad de sus productos. La normativa vigente en ese país no impone a la industria un estándar concreto ni especifica cómo deben diseñarse los productos, pero sí fija estándares mínimos que sirven como medida de accesibilidad. Las agencias federales están encargadas de comprobar que cualquier producto que deseen adquirir cumpla al menos con estos estándares. A su vez la propia Administración federal, junto con la industria, ha desarrollado unos formularios explicativos y sencillos para que cualquier funcionario encargado de la compra de bienes y servicios pueda valorar la accesibilidad de los mismos. Existe además un programa para informar a los funcionarios y al público en general sobre estas cuestiones así como una página de internet con el mismo propósito.

Pero ya no sólo en Estados Unidos y los restantes países citados, sino que igualmente en nuestro país se ha progresado mucho en ese aspecto, sin perjuicio de que la normativa al efecto no cuente con la tradición ni experiencia de la estadounidense a que nos hemos referido.

Esta normativa nacional deriva hasta cierto punto de las Directivas comunitarias dictadas en la materia.

El artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea habilita al Consejo para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. En desarrollo de esta competencia se han adoptado una serie de Directivas, tales co-

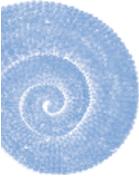


mo la Directiva 2000/43/CE, que se ocupa del principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, y la Directiva 2002/73/CE para la igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

Pues bien, precisamente la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, sería uno de los antecedentes directos de nuestra Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que vino a recoger algunos de los conceptos básicos a los que hemos venido haciendo mención.

Dispone así su Exposición de Motivos:

“El concepto de accesibilidad, por su parte, está en su origen muy unido al movimiento promovido por algunas organizaciones de personas con discapacidad, organismos internacionales y expertos en favor del modelo de vida independiente, que defiende una participación más activa de estas personas en la comunidad sobre unas bases nuevas: como ciudadanos titulares de derechos; sujetos activos que ejercen el derecho a tomar decisiones sobre su propia existencia y no meros pacientes o beneficiarios de decisiones ajenas; como personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales, más que personas especiales con necesidades diferentes al resto de



sus conciudadanos y como ciudadanos que para atender esas necesidades demandan apoyos personales, pero también modificaciones en los entornos que erradiquen aquellos obstáculos que les impiden su plena participación.

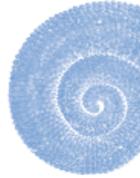
El movimiento en favor de una vida independiente demandó en un primer momento entornos más practicables. Posteriormente, de este concepto de eliminar barreras físicas se pasó a demandar diseño para todos, y no sólo de los entornos, reivindicando finalmente la accesibilidad universal como condición que deben cumplir los entornos, productos y servicios para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas.

La no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación, de discriminación indirecta en este caso, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquéllas que no lo son, al igual que ocurre cuando una norma, criterio o práctica trata menos favorablemente a una persona con discapacidad que a otra que no lo es. Convergen así las corrientes de accesibilidad y de no discriminación.”

Y dentro del propio articulado de la mencionada Ley, reseña su artículo 2:

“Esta Ley se inspira en los principios de vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

A estos efectos, se entiende por: (...)



c) Accesibilidad universal: la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de diseño para todos y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

d) Diseño para todos: la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible. (...)

A su vez el artículo 7 de la Ley determina que “las medidas contra la discriminación podrán consistir en prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables.”

Entendiéndose a estos efectos por:

“Exigencias de accesibilidad: los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo a los principios de accesibilidad universal de diseño para todos.”

Por último, podemos citar el artículo 10 de la misma Ley, referido a las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación:



“1. El Gobierno, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales, regulará unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad (...).

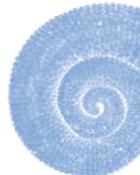
2. Las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación establecerán, para cada ámbito o área, medidas concretas para prevenir o suprimir discriminaciones, y para compensar desventajas o dificultades. Se incluirán disposiciones sobre, al menos, los siguientes aspectos:

a) Exigencias de accesibilidad de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos y tecnologías, y de los bienes y productos utilizados en el sector o área. En particular, la supresión de barreras a las instalaciones y la adaptación de equipos e instrumentos (...).”

Finalmente la Directiva 2004/18/CE que nos ocupa también ha incorporado en su articulado una medida concreta en esta materia de los requisitos de accesibilidad y de diseño para todos, lo que de por sí ya debe congratularnos, sin perjuicio de que intentemos mejorarla en la próxima transposición de la Directiva a nuestro Derecho nacional. Pasamos a referirnos en concreto a tal regulación de la Directiva 2004/18/CE.

b) Referencias concretas en la Directiva a esta medida:

Dispone la Directiva en el considerando 29 de su Exposición de Motivos:



“Las especificaciones técnicas establecidas por los compradores públicos deben permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia. A tal efecto debe ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas. (...) Los poderes adjudicadores que deseen introducir necesidades medioambientales en las especificaciones técnicas de un contrato determinado podrán prescribir las características medioambientales, tales como un método de producción dado, y/o los efectos medioambientales específicos de grupos de productos o servicios. (...) En la medida de lo posible, los poderes adjudicadores deben establecer especificaciones técnicas con el fin de tener en cuenta los criterios de accesibilidad para personas con discapacidades o el diseño para todos los usuarios. Dichas especificaciones técnicas deben indicarse claramente, de modo que todos los licitadores sepan qué abarcan los requisitos establecidos por el poder adjudicador”.

Por su parte, el artículo 23 de la misma Directiva, incardinado dentro del Título II “Normas aplicables a los contratos públicos”, capítulo IV “Normas específicas relativas al pliego de condiciones y los documentos del contrato”, expresa:

“Artículo 23 .- Especificaciones técnicas.

1. Las especificaciones técnicas definidas en el punto 1 del anexo VI figurarán en la documentación del contrato, como los anuncios de licitación, el pliego de condiciones o los documentos complementarios. En la medida de lo posible, estas especificaciones técnicas deberían definirse teniendo en cuenta los criterios de accesibilidad para personas con discapacidades o el diseño para todos los usuarios”.

Acabamos de observar que este artículo 23 hace expresa referencia al punto 1 del anexo VI de la Directiva. Tal Anexo VI, denominado “definición de determinadas especificaciones técnicas” puntualiza en su apartado 1 que:

“A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) a) “especificaciones técnicas”, cuando se trate de contratos públicos de obras: el conjunto de las prescripciones técnicas contenidas principalmente en los pliegos de condiciones, en las que se definan las características requeridas de material, producto o suministro, y que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que los destine el poder adjudicador. Estas características incluyen los niveles de actuación sobre el medio ambiente, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad de los discapacitados) y la evaluación de la conformidad, la propiedad de empleo, la seguridad o las dimensiones, incluidos los procedimientos que garanticen la calidad, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado y los procedimientos y métodos de producción. Incluyen asimismo las reglas de elaboración del proyecto y cálculo de las obras, las condiciones de prueba, control y recepción de las obras, así como las técnicas o métodos de construcción y todas las demás condiciones de carácter técnico que el poder adjudicador pueda prescribir, por vía de reglamentación general o específica, en lo referente a obras acabadas y a los materiales o elementos que las constituyan;

b) “especificación técnica”, cuando se trate de contratos públicos de suministro o de servicios: aquella especificación que figure en un documento en el que se definan las características exigidas de un producto o

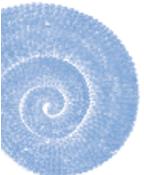
de un servicio, como, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de actuación sobre el medio ambiente, el diseño para todas las necesidades (incluyendo la accesibilidad de los discapacitados) y la evaluación de la conformidad, de propiedad de empleo, de utilización del producto, su seguridad o dimensiones, incluidas las prescripciones aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso, los procedimientos y métodos de producción, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad”.

Una vez hecha mención a las referencias particulares que en la Directiva se contienen sobre la materia, procedemos a plantear alguna posible propuesta de transposición de la misma, razonándola motivadamente.

c) Propuesta concreta de transposición a la normativa nacional:

“Artículo .... Especificaciones técnicas. Criterios de accesibilidad y diseño para todos los posibles usuarios o necesidades.

“Las especificaciones técnicas definidas en el punto 1 del Anexo ..... de esta norma, figurarán en la documentación del contrato, como los anuncios de licitación, el pliego de condiciones o los documentos complementarios. Las mismas estarán claramente indicadas, de modo que todos los licitadores puedan comprender plenamente los requisitos establecidos a esos efectos por el órgano de contratación. Estas especificaciones técnicas deberán incluir necesariamente criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad y un diseño para todos los posibles usuarios o necesidades.



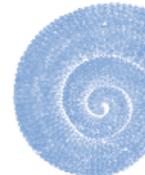
Excepcionalmente, de ser absolutamente imposible por la naturaleza o características del contrato incluir tales criterios y diseño, deberá motivarse por escrito esta imposibilidad en la propia documentación del contrato, acompañándose a su vez informe acreditativo de dicha imposibilidad emitido por un órgano especializado en la materia.

Dicho órgano a nivel estatal será el Centro Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas, dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, u órgano equivalente en cada momento, y a nivel autonómico lo será el determinado por cada una de las propias Comunidades Autónomas, pudiendo éstas servirse igualmente del Centro Estatal antedicho a falta de órgano equivalente en su territorio.”

En cuanto a la redacción del Anexo correspondiente a que haría referencia el anterior precepto, entendemos que podría mantenerse una redacción bastante similar a la expuesta en la propia Directiva, con leves variaciones:

“A los efectos de la presente norma, se entenderá por:

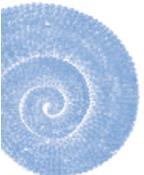
1) a) “especificaciones técnicas”, cuando se trate de contratos públicos de obras: el conjunto de las prescripciones técnicas contenidas principalmente en los pliegos de condiciones, en las que se definan las características requeridas de material, producto o suministro, y que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que los destine el poder adjudicador. Estas características incluyen los niveles de actuación sobre el medio ambiente, criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad, el diseño para todos los posibles usuarios y necesidades y la evaluación de la conformidad, la pro-



iedad de empleo, la seguridad o las dimensiones, incluidos los procedimientos que garanticen la calidad, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado y los procedimientos y métodos de producción. Incluyen asimismo las reglas de elaboración del proyecto y cálculo de las obras, las condiciones de prueba, control y recepción de las obras, así como las técnicas o métodos de construcción y todas las demás condiciones de carácter técnico que el poder adjudicador pueda prescribir, por vía de reglamentación general o específica, en lo referente a obras acabadas y a los materiales o elementos que las constituyan;

b) “especificación técnica”, cuando se trate de contratos públicos de suministro o de servicios: aquella especificación que figure en un documento en el que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio, como, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de actuación sobre el medio ambiente, los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad, el diseño para todos los posibles usuarios y necesidades y la evaluación de la conformidad, de propiedad de empleo, de utilización del producto, su seguridad o dimensiones, incluidas las prescripciones aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso, los procedimientos y métodos de producción, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad;”

Por otro lado, como un aspecto diferente a éste que acaba de ser tratado en cuanto accesibilidad y diseño para todos desde el punto de vista de la exigencia a los licitadores, pero también íntimamente relacionado con esa accesibilidad y diseño para todos de los procesos, ser-



vicios, instrumentos, dispositivos, etc., creemos que sería muy conveniente incluir en este apartado una propuesta relacionada con la necesidad de que todos los procedimientos relativos a la contratación pública sean accesibles para las personas con discapacidad. Es decir, los soportes, los circuitos, los medios de información, las páginas de internet, la documentación, etc. Todo el proceso y los procedimientos deberían ser accesibles para tales personas. Esta propuesta podría ser instrumentada a través de una Disposición Adicional, que podría tener el siguiente tenor literal o alguno otro semejante:

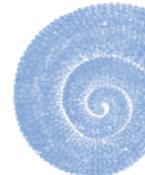
“Todos los procedimientos, servicios, instrumentos y dispositivos relativos a la contratación pública, tales como documentación, medios de información, páginas de internet, soportes, circuitos, u otros semejantes, deben ser accesibles para las personas con discapacidad.”

d) Motivación de esta propuesta de transposición:

Analizando la inclusión de este aspecto en la Directiva, podemos observar que en la misma se impone una obligación del poder adjudicador para que se tengan en cuenta estos criterios de accesibilidad o un diseño para todos los usuarios.

Hablamos de una “obligación” en cuanto, efectivamente, la misma viene recogida como un deber y no como una opción potestativa o voluntaria de los poderes adjudicadores.

Así es, no se prevé meramente como una opción, dado que en el considerando 29 de la exposición de motivos se habla de que “los poderes adjudicadores deben establecer...” y en el artículo 23 se dispone



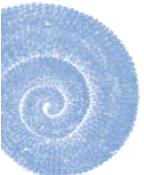
que “estas especificaciones técnicas deberían definirse teniendo en cuenta...”.

Sin poder olvidar, en todo caso, que previamente a esas menciones, tanto la exposición de motivos como el articulado incluyen la expresión “en la medida de lo posible”. Con ello se está manteniendo el deber del órgano de contratación de incluir estos aspectos, aunque se reconoce, como es lógico, que pueden existir supuestos en que tal inclusión pueda no ser factible, tal vez por la propia naturaleza o características del contrato.

En su virtud, no cabe duda alguna sobre la interpretación que se desprende de la Directiva: siempre que sea posible, los poderes adjudicadores deberán establecer esas especificaciones técnicas, por lo que su carácter no sería potestativo sino obligatorio. Y ello en cuanto ese término “en la medida de lo posible” nunca podría entenderse como que los adjudicadores son libres para incluir o no las especificaciones, sino que, según lo apuntado, siempre que sea posible, sí deben ser incluidas. Únicamente no deberán ser incluidas cuando sea del todo imposible.

Esta es la interpretación finalista, sistemática, conforme a la realidad social en que la norma debe ser aplicada, y teleológica (conforme a su espíritu), e incluso literal, que subyace en la Directiva (art. 3.1 Código Civil), tras analizar la regulación de los criterios de accesibilidad y de diseño para todos, lo que obliga a mantener una interpretación restrictiva para los supuestos de no inclusión.

Sobre la base de lo expuesto, se ha de resaltar que la inclusión de esta medida social en la Directiva es muy positiva. Debiendo en todo caso procurarse en la transposición que la redacción final de la misma sea



más explícita, cerrada e imperativa, si cabe, para así evitar el peligro de que en la realidad práctica tal precepto pueda quedarse en desuso o sin contenido, lo que sería contrario al espíritu de la propia Directiva.

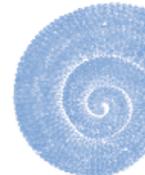
Para ello debemos proponer una literalidad de la norma nacional que pueda acotar y limitar en gran medida los supuestos en que no se incluyan tales criterios o diseños requeridos.

Con esa finalidad nos inclinamos hacia una redacción del precepto más imperativa. La propia normativa nacional contenida básicamente a estos efectos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, ya analizada, así nos lo permite, e incluso podría señalarse, sin ninguna duda, que así lo exige.

Recordamos la propuesta efectuada más arriba:

“Las especificaciones técnicas definidas en el punto 1 del Anexo ..... de esta norma, figurarán en la documentación del contrato, como los anuncios de licitación, el pliego de condiciones o los documentos complementarios. Las mismas estarán claramente indicadas, de modo que todos los licitadores puedan comprender plenamente los requisitos establecidos a esos efectos por el órgano de contratación. Estas especificaciones técnicas deberán incluir necesariamente criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad y un diseño para todos los posibles usuarios o necesidades.”

Siendo a su vez preciso insistir -según se hace en el texto propuesto- en que dichas especificaciones deben estar claramente indicadas, para



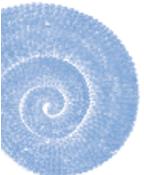
que los licitadores comprendan perfectamente los requisitos establecidos por el órgano de contratación.

No obstante, se es consciente -reiteramos- que pueden existir supuestos excepcionales en que, por la naturaleza o características del contrato, sea imposible incluir criterios de accesibilidad y de diseño para todos. En tales casos nada podrá exigirse. Pero precisamente, para intentar restringir esos casos a los realmente ciertos, creemos posible requerir una explicación razonada de los supuestos en que no puedan ser exigidos criterios de accesibilidad o de diseño para todas las necesidades.

Esta explicación motivada debería incluirse igualmente entre la documentación del contrato en aras de que sea de público conocimiento, lo que obligará al órgano de contratación a ser muy riguroso y restrictivo en la misma.

Ahora bien, en aras de dotar de la mayor objetividad posible a esta motivación y para evitar que los propios órganos de contratación pudieran llegar a ampararse en ocasiones en una supuesta imposibilidad, derivada de la naturaleza o características del contrato, para incluir tales criterios y diseño, sería también muy conveniente que, a su vez, se acompañara un informe acreditativo de la imposibilidad, emitido por órgano especializado en la materia. De esta forma, a la objetividad que a estos órganos se supone se añadiría el adecuado y preciso conocimiento técnico.

En el ámbito estatal ya existe un órgano que sería muy válido a estos efectos, como es el Centro Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (CEAPAT), centro tecnológico dependiente del IMSERSO, Mi-



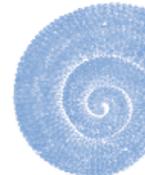
nisterio de Trabajo y Asuntos Sociales, creado mediante Orden Ministerial de 7 de abril de 1989. El CEAPAT tiene por misión contribuir a mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos, con especial apoyo a personas con discapacidad y personas mayores, a través de la accesibilidad integral, el diseño para todos y la tecnología de apoyo. En este sentido, parece un organismo óptimo para la misión que ahora podría encomendársele.

Y si bien es verdad que la mención específica a un organismo concreto en un precepto de una norma con posible rango legal no resulta muy habitual, dado que suelen ser normalmente recogidos en disposiciones reglamentarias, ello no quiere que tal mención no pudiera llevarse a cabo, y más con las salvedades tanto temporales como de competencia autonómica que a su vez se incluyen en la propuesta.

En todo caso, dicha mención concreta al organismo competente se efectúa en esta propuesta, precisamente para evitar que con posterioridad hubiera de estarse a una ulterior disposición reglamentaria para la efectiva puesta en marcha de este informe al que nos estamos refiriendo. No obstante, insistimos en que también podría venir recogido el organismo competente específico en una norma de rango reglamentario.

Ante todo lo indicado, y con los matices expresados, podría quedar efectuada la siguiente redacción:

“(...) Excepcionalmente, de ser absolutamente imposible por la naturaleza o características del contrato incluir tales criterios y diseño, deberá motivarse por escrito esta imposibilidad en la propia documen-



tación del contrato, acompañándose a su vez informe acreditativo de dicha imposibilidad emitido por un órgano especializado en la materia.

Dicho órgano a nivel estatal será el Centro Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas, dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, u órgano equivalente en cada momento, y a nivel autonómico lo será el determinado por cada una de las propias Comunidades Autónomas, pudiendo éstas servirse igualmente del Centro Estatal antedicho a falta de órgano equivalente en su territorio.”

Por otro lado, en cuanto a la redacción del Anexo correspondiente donde se hace referencia al concepto de especificaciones técnicas, hemos creído oportuno mantener una redacción bastante similar a la expuesta en la propia Directiva.

Para finalizar, a modo de una Disposición adicional ha sido efectuada una propuesta relativa a un aspecto diferente a este que acaba de ser tratado en cuanto accesibilidad y diseño para todos desde el punto de vista de la exigencia a los licitadores, pero también íntimamente relacionado con esa accesibilidad y diseño para todos de los procesos, servicios, instrumentos, dispositivos, etc.

Por ende, la necesidad y amparo legal para su inclusión siguen siendo los mismos que los hasta ahora analizados. Y respecto a su oportunidad, no parece que puedan haber dudas algunas en relación a la misma, atendiendo al volumen de la contratación administrativa en nuestro país y a la desventaja que supondría para las personas con discapacidad (incluso desde un mero punto de vista como posibles licitadores) no poder acceder a la información existente sobre la misma.

A esos efectos, recordamos la propuesta comentada:

“Todos los procedimientos, servicios, instrumentos y dispositivos relativos a la contratación pública, tales como documentación, medios de información, páginas de internet, soportes, circuitos, u otros semejantes, deben ser accesibles para las personas con discapacidad.”

### II.2.2.- RESERVA DE CONTRATOS A CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO.

a) Comentarios sobre esta medida:

La presente medida supone una muy importante novedad en la normativa de contratación pública, si bien la misma ya venía siendo solicitada desde hacía un tiempo por diversas organizaciones sociales.

Con ella lo que se pretende es otorgar un trato preferente en la adjudicación de ciertos contratos a empresas u organismos con un marcado carácter social. El trato preferente consistiría en la posibilidad (ya que no queda prevista la medida con carácter obligatorio en la Directiva) de reservar la adjudicación de determinados contratos públicos a estas empresas u organizaciones que la propia Directiva denomina “talleres protegidos”, o la ejecución de los propios contratos en el marco de programas de empleo protegidos.

Esta preferencia viene motivada por el hecho de que, en condiciones normales de competencia, tales talleres -por las especiales características de sus trabajadores empleados- se encuentran con importantes des-

ventajas respecto a otros posibles adjudicatarios a la hora de obtener contratos públicos.

En nuestro país la posibilidad de adoptar este tipo de medidas, que podríamos denominar de acción positiva, ya viene contemplada -si bien con carácter genérico, y no particularizada de este modo- en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Entre otros aspectos, en dicha Ley, que tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución, se viene a señalar (artículo 8) que:

“Se consideran medidas de acción positiva aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad.”

A su vez determina su artículo 9.1: “Las medidas de acción positiva podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables”.

Ahora bien, en aras de respetarse los criterios y principios básicos en toda normativa de contratación, de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, debería darse la oportunidad de resultar adju-

dicatarios de estos contratos reservados, a los diferentes “talleres protegidos” de otros Estados miembros, y no únicamente a los nacionales.

Por ello la adjudicación no podría ser directa a un taller protegido sino que varios podrían entrar en concurrencia para resultar adjudicatarios de un determinado contrato reservado.

b) Referencias concretas en la Directiva a esta medida:

Prevé la Directiva en el considerando 28 de su Exposición de Motivos:

“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”.

En relación con este considerando, el artículo 19 de la misma Directiva, encuadrado dentro del Título II “Normas aplicables a los contratos públicos”, capítulo II “Ámbito de aplicación”, Sección IV “Régimen especial”, indica:

“Artículo 19.- 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.”

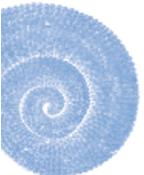
Y precisamente en cumplimiento de este último párrafo, resulta conveniente resaltar como el Anexo VII A de la Directiva, cuyo enunciado es “Información que debe figurar en los anuncios de contratos públicos”, establece:

“Anuncio relativo a la publicación de un anuncio de información previa sobre el perfil del comprador.

1. País del poder adjudicador
2. Nombre del poder adjudicador
3. Dirección de Internet del “perfil de comprador” (URL)
4. Números de referencia a la nomenclatura CPV

Anuncios de información previa.

1. Nombre, dirección, número de telefax y dirección de correo electrónico del poder adjudicador y, en caso de que sean distintos, del ser-



vicio del que pueda obtenerse información complementaria, así como, en el caso de los contratos de servicios y de obras, los servicios -por ejemplo, el sitio de Internet gubernamental pertinente- en los que se puede obtener información acerca del marco normativo general por lo que se refiere a la fiscalidad, la protección del medio ambiente, la protección de los trabajadores y las condiciones de trabajo aplicables al lugar en que se deba ejecutar el contrato.

2. Si procede, indicar que se trata de un contrato público reservado a talleres protegidos o cuya ejecución está reservada en el contexto de programas de empleo protegido.

(...)

Anuncio de licitación.

Procedimientos abiertos, restringidos, diálogo competitivo, procedimientos negociados:

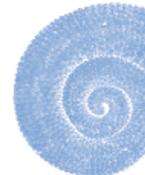
1. Nombre, dirección, números de teléfono y de telefax y dirección electrónica del poder.

2. Si procede, indicar que se trata de un contrato público reservado a talleres protegidos o cuya ejecución está reservada en el contexto de programas de empleo protegido.

(...)"

c) Propuesta concreta de transposición a la normativa nacional:

“Artículo .... Contratos reservados.



Cada órgano de contratación con un volumen de contratación pública anual de, al menos, 20 contratos públicos, reservará la adjudicación de un porcentaje mínimo de un 5% de la cantidad total de contratos públicos que tramite anualmente, a Centros Especiales de Empleo, o reservará su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 % de los trabajadores de su plantilla sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales; ello sin perjuicio de las plazas en plantilla del personal sin discapacidad, imprescindible para el desarrollo de su actividad.

Ese porcentaje del 5% de contratos reservados deberá suponer a su vez, al menos, un 5% del importe total anual de contratación de ese órgano de contratación.

Los órganos de contratación con un volumen de contratación pública anual inferior a la expresada deberá cumplimentar el mismo porcentaje de reserva, si bien con carácter bienal.

Los órganos de contratación que tampoco alcancen ese volumen de contratación pública en un plazo de dos años estarán exentos de dicha obligación, sin perjuicio de que también puedan voluntariamente proceder a esa reserva de contratos.

Las medidas aquí expuestas tendrán naturaleza de mínimas, sin perjuicio de las que puedan establecer las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias.

Cuando la adjudicación de un contrato público o su ejecución en el marco de programas empleo protegido, esté reservada a Centros Especiales de Empleo, esa circunstancia deberá ser mencionada en el anuncio de licitación.

En España tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo a efectos de este artículo los calificados e inscritos como tales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, así como en la normativa reglamentaria que desarrolla tales Centros Especiales de Empleo.

A los contratos reservados regulados en este precepto también podrán optar los Centros Especiales de Empleo que tengan esa consideración o equivalente en otros países miembros de la Comunidad Europea siempre que al menos el 70 % de su plantilla esté constituida por trabajadores con discapacidad, sin perjuicio de las plazas en plantilla del personal sin discapacidad, imprescindible para el desarrollo de su actividad.

Tendrán la consideración de programas de empleo protegido a efectos de este mismo artículo aquellos que así vengán señalados por vía reglamentaria.”

Por otro lado, al igual que queda previsto en la Directiva, podría incorporarse por Anexo -con una redacción similar al de la propia Directiva- la “Información que debe figurar en los anuncios de contratos públicos”:

“Anuncio relativo a la publicación de un anuncio de información previa sobre el perfil del comprador.

5. País del poder adjudicador
6. Nombre del poder adjudicador
7. Dirección de Internet del “perfil de comprador” (URL)
8. Números de referencia a la nomenclatura CPV

Anuncios de información previa.

3. Nombre, dirección, número de telefax y dirección de correo electrónico del poder adjudicador y, en caso de que sean distintos, del servicio del que pueda obtenerse información complementaria, así como, en el caso de los contratos de servicios y de obras, los servicios -por ejemplo, el sitio de Internet gubernamental pertinente- en los que se puede obtener información acerca del marco normativo general por lo que se refiere a la fiscalidad, la protección del medio ambiente, la protección de los trabajadores y las condiciones de trabajo aplicables al lugar en que se deba ejecutar el contrato.

4. Si procede, indicar que se trata de un contrato público reservado a Centros Especiales de Empleo o cuya ejecución está reservada en el contexto de programas de empleo protegido.

(...)

Anuncio de licitación.

Procedimientos abiertos, restringidos, diálogo competitivo, procedimientos negociados:

3. Nombre, dirección, números de teléfono y de telefax y dirección electrónica del poder.

4. Si procede, indicar que se trata de un contrato público reservado a Centros Especiales de Empleo o cuya ejecución está reservada en el contexto de programas de empleo protegido.

(...)”.

d) Motivación de esta propuesta de transposición:

Ocupándonos ya de la motivación de la propuesta efectuada, debemos hacer los siguientes comentarios:

En primer lugar se ha de indicar que al comentar esta medida al inicio del presente epígrafe, se ha apuntado que el trato preferente contenido en la Directiva consistía en la posibilidad de reservar determinados contratos públicos a estas empresas u organizaciones que la propia Directiva denomina “talleres protegidos”. Efectivamente, la Directiva regula dicha medida como una posibilidad de los Estados miembros, no como una obligación.

No obstante, también se ha comentado con anterioridad que en nuestro país la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva -como sería la presente- viene contemplada en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Y en tal Ley no se recoge únicamente la posibilidad de los poderes públicos de adoptar medidas de acción positiva, sino que en su artículo 5, sobre garantías del derecho a la igualdad de oportunidades, se dispone de forma más taxativa:

“Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva.”

A su vez el artículo 4 de esa misma Ley, sobre la vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades, recuerda:

“Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.”

Ello quiere decir que en nuestro país ya existe una obligación legal por parte de los poderes públicos de adoptar medidas de acción positiva y de cumplirlas de modo efectivo, pudiendo ser la medida que ahora se está proponiendo una medida de acción positiva muy eficaz para garantizar y hacer efectivo ese derecho a la igualdad de oportunidades derivado de la propia Constitución en sus artículos 9.2, 10, 14 y 49, como en el propio artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, se advierte.

Incluso la misma Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, prescribe en su artículo 9 que:

“1. Las medidas de acción positiva podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Los apoyos



complementarios podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación.

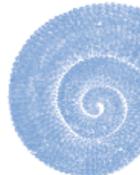
Dichas medidas tendrán naturaleza de mínimos, sin perjuicio de las medidas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias.”

También resulta significativo a estos mismos efectos lo previsto en el artículo 37 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos:

“1. Será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores con discapacidad su integración, en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato, en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido que se menciona en el artículo 41.” Este artículo 41 viene referido, entre otros, a los Centros Especiales de Empleo, a los que luego haremos más detallada mención.

Así como igualmente puede ser citada la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, que reseña en su artículo 26, sobre colectivos prioritarios:

“1. El Gobierno y las comunidades autónomas adoptarán, de acuerdo con los preceptos constitucionales y estatutarios, así como con los compromisos asumidos en el ámbito de la Unión Europea, programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especial-



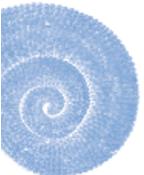
mente jóvenes, mujeres, parados de larga duración mayores de 45 años, discapacitados e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería”.

Y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que en su artículo 35, relativo a medidas de acción positiva, manifiesta:

“Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de la presente sección.” La sección a la que hace mención el precepto regula medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo.

Con todo lo anterior lo que queremos concretar es que esta medida de reserva de contratos que ahora nos ocupa no debería ser recogida en la transposición de la Directiva al derecho nacional con carácter potestativo o voluntario -como la contempla la propia Directiva, que recordamos es un mínimo para los países miembros que puede ser ampliado y desarrollado- sino como una medida de carácter obligatorio, que incluso posteriormente pudiera ser hasta superada por las propias Comunidades Autónomas.

La Directiva anunciaba que “los Estados miembros podrán reservar...”, y precisamente lo que se llevaría a cabo en la transposición es ejecutar plenamente esa potestad otorgada a los países miembros de re-



servar ciertos contratos públicos para su adjudicación a talleres protegidos o para su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.

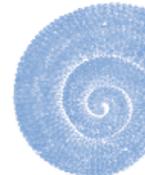
En segundo lugar, una vez visto este carácter obligatorio que debe darse al precepto, debemos comentar la idea de reserva de un porcentaje mínimo de contratos, conectada igualmente con un determinado volumen de contratación anual. Sería lo que podríamos denominar una fórmula mixta.

Así, por un lado, cada órgano de contratación con un volumen de contratación pública anual de, al menos, 20 contratos públicos, reservará como mínimo un porcentaje de un 5%. Ese porcentaje del 5% de contratos reservados deberá suponer a su vez, al menos, un 5% del importe total anual de contratación de ese órgano de contratación.

De esta manera, con el mecanismo mixto, se evitaría que se reserve un 5% de los contratos pero cuyo importe real sea muy poco significativo a efectos económicos.

Para la fijación de este porcentaje de reserva también podría promoverse un acuerdo entre el gobierno central y los de las distintas Comunidades Autónomas, sin perjuicio de que por el momento hayamos optado en la propuesta por fijarlo directamente en aras de evitar posibles retrasos que dificultaran su aprobación.

El 5% que aquí ha sido prefijado lo ha sido de forma orientativa, atendiendo a que tal porcentaje viene referido a la totalidad del volumen de contratación, y no sólo a determinados tipos de contratos o por relación a la cuantía, como acontece en determinadas Comunidades



Autónomas (la andaluza, por Ley 18/2003, de 29 de diciembre, artículo 116, y la catalana, por Ley 31/2002, de 30 de diciembre, artículo 35). En todo caso, qué duda cabe que dicho porcentaje es un mínimo, que podría ser perfectamente elevado, pudiendo, como es lógico, dejarse fijado en la propia ley un mínimo mayor (tal vez hasta un 10%), de estimarse oportuno.

Por otro lado, los órganos de contratación con un volumen de contratación pública anual inferior a la expresada deberán cumplimentar el mismo porcentaje de reserva, si bien con carácter bienal, dado que existen muchos órganos de contratación con un volumen anual muy inferior al de 20 contratos públicos anuales, pero que tal vez sí puedan acometerlos en un plazo de dos años. Sería la idea que subyace en esta previsión.

Para finalizar, los órganos de contratación que tampoco alcancen ese volumen de contratación pública en un plazo de dos años estarán exentos de dicha obligación, aunque también puedan voluntariamente proceder a esa reserva de contratos.

Sin perjuicio de que se ha preferido en la medida de lo posible que el cumplimiento de estos porcentajes sea, con carácter genérico, obligatorio, también se ha propuesto que en los órganos de contratación de menor entidad el porcentaje sea de cumplimiento voluntario, dadas sus dificultades para poder alcanzarlo, derivadas, básicamente, del escaso volumen de contratación que pueden acometer. No obstante, para ellos las directrices serían no vinculantes, pudiendo tales órganos adherirse a esos porcentajes en la medida de sus posibilidades.

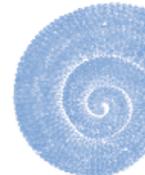


Nos gustaría insistir también en que, de acuerdo con lo expuesto con anterioridad en relación con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y, en concreto con su artículo 9, las medidas de acción positiva, que podrán consistir en apoyos complementarios, normas, criterios y prácticas más favorables, tendrán naturaleza de mínimos, sin perjuicio de las propias medidas que puedan establecer las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias.

En tercer lugar, tras analizar esta fórmula mixta para la reserva de un porcentaje obligatorio de contratos conectado con un determinado volumen de contratación anual, podemos adentrarnos en los posibles destinatarios de esta reserva de contratos.

En España los “talleres protegidos” mencionados en la Directiva deben entenderse indudablemente referidos a los Centros Especiales de Empleo (CEE) definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, así como por el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo. Así es como técnicamente y desde la perspectiva jurídica se denominan en nuestro país a los “talleres protegidos”.

Precisamente por ese motivo parece lógico, para evitar equívocos innecesarios, que la transposición al Derecho español de la Directiva que nos ocupa haga directa y concreta referencia a los Centros Especiales de Empleo, en lugar de utilizar la terminología genérica de “talleres protegidos”.



Los Centros Especiales de Empleo, que pueden ser creados tanto por Organismos públicos y privados como por las empresas, son organizaciones empresariales que, realizando su actividad productiva en el mercado, tienen como finalidad facilitar la incorporación laboral de colectivos de difícil empleabilidad, como las personas con discapacidad.

En el artículo 41.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos ya se manifestaba que:

“Los minusválidos que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales, deberán ser empleados en Centros Especiales de Empleo, cuando su capacidad de trabajo sea igual o superior a un porcentaje de la capacidad habitual que se fijará por la correspondiente norma reguladora de la relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en Centros Especiales de Empleo.”

Los últimos datos que oficialmente se dieron a conocer sobre el conjunto de la actividad de los Centros Especiales de Empleo (aunque referidos al año 2001) nos muestran como en esa fecha había unos 1112 Centros con 32.747 asalariados, de los cuales el 94% eran personas con discapacidad.

La Directiva a la que se está haciendo mención viene a exigir que la mayoría de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad. En nuestro país la normativa reguladora de los Centros Especiales de Empleo, a los que acaba de hacerse referencia, requiere que al menos el 70% de su plantilla esté constituida por trabajadores con discapaci-

dad, sin perjuicio de las plazas en plantilla de personal sin discapacidad imprescindible para el desarrollo de su actividad.

En atención a ello, no existiría problema alguno para acomodar la transposición de la Directiva a la situación actual española, lo que es perfectamente factible dado que, por un lado, el 70% es la mayoría, y por otro lado, el contenido de las propias Directiva tiene carácter de “mínimos”.

En todo caso, y a mayor abundamiento, la necesidad de que al menos el 70% de la plantilla de estos Centros Especiales de Empleo esté formada por trabajadores con discapacidad siempre será una trascendental garantía para evitar posibles abusos en relación con esta reserva de contratos y para asegurar que la finalidad de esta medida social de las normas de contratación pública se cumple plenamente.

Dispone el reseñado artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, en relación con el concepto de Centros Especiales de Empleo:

“1. Los Centros Especiales de Empleo son aquellos cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos; a la vez que sea un medio de integración del mayor número de Minusválidos al régimen de trabajo normal.

2. La plantilla de los Centros Especiales de Empleo estará constituida por el mayor número de trabajadores minusválidos que permita la

naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 % de aquella. A estos efectos no se contemplará el personal no minusválido dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social.

Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los de rehabilitación, terapéuticos, de integración social, culturales y deportivos, que procuren al trabajador minusválido del Centro Especial de Empleo una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación de su relación social.”

El Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo, mantiene en su literalidad (artículo 1, párrafo 2º) que “la totalidad de la plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por trabajadores minusválidos, sin perjuicio de las plazas en plantilla del personal no minusválido, imprescindible para el desarrollo de su actividad.”

Apuntando su artículo 2 que “sin perjuicio de la función social que los centros especiales de empleo han de cumplir y de sus peculiares características, su estructura y organización se ajustará a los de las empresas ordinarias.”

Si bien ese precepto debe entenderse tácitamente modificado por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que fue la que disminuyó ese mínimo de trabajadores con discapacidad en plantilla de los Centros Especiales de Empleo, a un 70%.

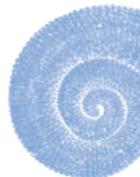


En otro orden de cosas, también quedó reseñado en un momento previo que los propios principios básicos en toda normativa de contratación, de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, deberían conllevar que pudieran resultar adjudicatarios de estos contratos reservados “talleres protegidos” de otros Estados miembros, y no sólo los españoles.

Y ello en cuanto la adjudicación no debería ser directa a un taller protegido sino que varios podrían entrar en concurrencia para resultar adjudicatarios de un determinado contrato reservado.

Esos talleres protegidos de otros Estados que pudieran resultar adjudicatarios de estos contratos reservados probablemente no se denominen en concreto Centros Especiales de Empleo, sino que utilicen terminología diferente. No obstante, deberían estar definidos, como es lógico, de acuerdo con su propia normativa nacional. Por ende se ha expresado en la propuesta que “A los contratos reservados regulados en este precepto también podrán optar los Centros Especiales de Empleo que tengan esa consideración o equivalente en otros países miembros de la Comunidad Europea (...)”.

Si bien, en aras de mantener a su vez un necesario equilibrio entre tales talleres (en otro caso podría llegar a producirse incluso discriminaciones entre los mismos), se ha optado en la misma propuesta por imponer un requisito genérico a todos ellos, consistente en que un mínimo del 70% de su plantilla esté formada por trabajadores con discapacidad (como se exige en España para los Centros Especiales de Empleo), sin perjuicio de las plazas en plantilla del personal sin discapacidad, imprescindible para el desarrollo de su actividad.



En cuarto lugar, la Directiva hace mención a que “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...”

Estos programas de empleo protegido tal vez puedan ser en cada momento definidos en aras de impulsar objetivos puntuales de protección de empleo de discapacitados. En su virtud se ha optado en un primer momento por derivar su concreción a la normativa reglamentaria, como viene previsto en la propuesta de transposición que se acompaña.

En todo caso, entendemos que la propia normativa nacional puede ya proporcionar algún avance o algún supuesto que podría verse incluido entre tales programas de empleo protegido. Así, por ejemplo, el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medidas de fomento del empleo de las personas con discapacidad. Estos enclaves laborales son una medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

A tenor del artículo 1.2 del citado Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, “se entiende por enclave laboral el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora.”

La dirección y organización del trabajo en el enclave corresponde al Centro Especial de Empleo, con el que el trabajador con discapacidad mantendrá plenamente, durante la vigencia del enclave, su relación laboral de carácter especial en los términos establecidos en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en Centros Especiales de Empleo.

En definitiva, como determina la Exposición de Motivos del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, “la finalidad última de los enclaves laborales es lograr la mayor integración de los trabajadores con discapacidad con especiales dificultades en el mercado de trabajo ordinario, para lo cual los enclaves suponen una medida de utilidad para facilitar la transición desde el empleo protegido en el centro especial de empleo al empleo ordinario: al trabajador con discapacidad, el enclave le permite completar y mejorar su experiencia profesional con tareas y en un entorno propio del mercado ordinario de trabajo; y a la empresa colaboradora, le permite conocer mejor las capacidades y posibilidades de estos trabajadores, lo que puede llevarle finalmente a decidir incorporarlos a su plantilla, lo que determinará en su caso la aplicación de una serie de ayudas.”

Por último, y en quinto lugar, únicamente quedaría recordar que cuando la adjudicación de un contrato público o su ejecución en el marco de programas empleo protegido, está reservada a Centros Especiales de Empleo, esa circunstancia deberá ser mencionada en el anuncio de licitación.

En su virtud, al igual que queda previsto en la Directiva, podría incorporarse por Anexo -con una redacción similar al de la propia Directi-

va- la información que debe figurar en los anuncios de contratos públicos, con especial mención a este aspecto de la reserva de contratos.

### II.2.3.- CONDICIONES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

a) Comentarios sobre esta medida:

Ya por vía jurisprudencial el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había reconocido la posibilidad de que fueran introducidos ciertos aspectos sociales en la contratación pública, principalmente en el ámbito de la ejecución del contrato.

En este sentido podemos recordar la famosa sentencia de 20 de septiembre de 1988, recaída en el asunto Gebroeders Beentjes BV contra los Países Bajos, As. 31/87 (tradicionalmente conocida como la sentencia Beentjes), pionera en estos asuntos, en la que el Tribunal procedió a subrayar (Fundamento Jurídico 20 de la propia sentencia):

“Se debe aún recordar que la Directiva no establece una normativa comunitaria uniforme y exhaustiva, sino que, en el marco de las normas comunes que contiene, los Estados miembros conservan su libertad para mantener o dictar normas materiales y de procedimiento en materia de contratos públicos, a condición de que respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y especialmente las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (Sentencia de 9 de julio de 1987, antes citada)”. Esa sentencia de 9 de julio de 1987 se trataba del caso Bellini (Asuntos 27, 28 y 29/86).



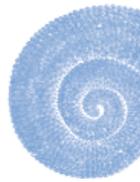
A su vez, y más en concreto, también reseñaba la sentencia Beentjes en su Fundamento Jurídico 37 y en el propio fallo:

“La condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la Directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad. Esta condición específica adicional debe obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato”.

Por lo cual la conclusión resultaba totalmente clarificadora: cabían criterios de empleo si no eran discriminatorios. La única discusión que tras esta sentencia se mantuvo era la de saber si la misma se estaba refiriendo únicamente a condiciones de ejecución de un contrato (condiciones que debieran cumplirse por parte del adjudicatario en el momento de la ejecución del contrato) o también a criterios de adjudicación de los contratos (criterios que tuvieran que tenerse en cuenta para la propia adjudicación del contrato).

En todo caso, dado que lo que nadie ponía en duda es que, cuando menos, la sentencia sí dejaba clara la pertinencia de las condiciones de ejecución, no es éste el momento adecuado para tratar si también en la misma se veían incluidos los criterios de adjudicación, en cuanto con posterioridad dedicaremos un apartado especial a los mismos.

Esta sentencia Beentjes supuso un gran avance en el campo de las medidas sociales a favor de las personas con discapacidad, si bien en la práctica no conllevó tantas ventajas como hubiera sido deseable. Su único reconocimiento por vía jurisprudencial y la cierta complejidad que podía conllevar en su plasmación real, principalmente por la falta



de uso de la misma derivada del desconocimiento de muchos poderes adjudicadores, motivó -como decimos- que no fuera muy tenida en cuenta a la hora de elaborar los pliegos de condiciones.

Por todo ello, la inclusión actual y formal de esta medida en el articulado dispositivo de la Directiva sobre contratación pública debe ser considerada como un paso enormemente positivo y significativo.

La Directiva menciona de forma expresa que estas condiciones podrán venir referidas, en especial, a consideraciones de tipo social, que son las directamente relacionadas con las personas con discapacidad, y medioambiental. Citándose en particular en el considerando 33 de la Directiva que podrán tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente.

E incluso se llegan a poner como ejemplos concretos en la misma Directiva, entre otros, las condiciones de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de contratar a un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional, etc.

No obstante, debe advertirse que tales condiciones de ejecución especiales que puedan ser exigidas deberán en todo caso ser compatibles con la propia Directiva de contratación pública y no ser discriminatorias, debiendo a su vez venir contempladas en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones.

b) Referencias concretas en la Directiva a esta medida:

Prevé la Directiva en el considerando 33 de su Exposición de Motivos:

“Las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la presente Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones -aplicables a la ejecución del contrato- de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.”

Reseñando a su vez el artículo 26 de la propia Directiva, situado dentro del Título II “Normas aplicables a los contratos públicos”, capítulo IV “Normas específicas relativas al pliego de condiciones y los documentos del contrato”:

Artículo 26.- 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 licita-

ción 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”.

c) Propuesta concreta de transposición a la normativa nacional:

“Artículo .....- Condiciones de ejecución del contrato.

“Los poderes adjudicadores exigirán condiciones especiales que deban cumplirse o tenerse cumplidas por parte de los adjudicatarios en el momento de la ejecución del contrato, siempre que las mismas no sean discriminatorias y se indiquen en el pliego de condiciones. Algunas de tales condiciones en que se ejecute un contrato deberán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y/o medioambiental.

De no ser posible por la naturaleza o características del contrato incluir tales condiciones de ejecución, deberá motivarse por escrito esta imposibilidad en la propia documentación del contrato.

En particular, y sin ánimo taxativo, dichas medidas pueden tener por objeto favorecer el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, la formación profesional en el lugar de trabajo, combatir el paro o proteger el medio ambiente.

De forma meramente ejemplificativa se pueden citar, entre otras, las obligaciones aplicables a la ejecución del contrato, de contratar o tener contratados a desempleados de larga duración, a un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional o a otros colectivos sociales que puedan estar desfavorecidos; de subcon-



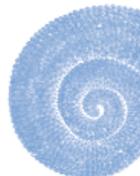
tratar con empresas que empleen a estos mismos colectivos; de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes; o de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional.”

d) Motivación de esta propuesta de transposición:

De forma introductoria hemos de comentar que si bien el artículo 26 de la directiva reseña que “los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato”, tal vez fuera más clarificador disponer en la transposición (principalmente para evitar cualquier tipo de equívoco) que “los poderes adjudicadores exigirán condiciones especiales que deban cumplirse o tenerse cumplidas por parte de los adjudicatarios en el momento de la ejecución del contrato”. De esta manera, y aunque el título o enunciado del artículo puede mantenerse como “condiciones de ejecución del contrato”, consideramos que los posibles licitadores serán plenamente conscientes de a lo que esta medida viene referido.

Por otro lado, si puntualizamos que estas condiciones “deban cumplirse o tenerse cumplidas por parte de los adjudicatarios en el momento de la ejecución del contrato” es precisamente para no perjudicar a los empresarios que voluntariamente ya las puedan tener cumplidas con antelación.

En otro orden de cosas, al transcribir el artículo 26 de la Directiva hemos observado como la misma introduce esta medida nuevamente en términos voluntarios y no obligatorios. Esto es, no se obliga a los poderes



adjudicadores a exigir en los pliegos condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, sino que permite esa posibilidad.

Ya en relación a anteriores medidas se ha creído oportuno en la propuesta de transposición transformar esa voluntariedad en obligatoriedad, en cuanto los propios términos y contenidos de dichas medidas lo permitían, así como la propia legislación nacional lo avalaba.

También en esta ocasión lo permite nuestra legislación, en cuanto debe considerarse como una medida de acción positiva a favor de colectivos más desfavorecidos o con una incorporación al mercado de trabajo más dificultosa. De hecho nuestros poderes públicos están obligados a imponer este tipo de medidas de acción positiva, según lo ya visto.

No obstante, en el caso de que haya supuestos -que puede haberlos, como es lógico- en que, por la naturaleza o características del contrato, no sea posible incluir tales condiciones de ejecución, no habrá necesidad de hacerlo. Si bien, para que no pueda darse lugar a ningún tipo de utilización abusiva e irreal de dicha excepción, será necesario que se produzca una motivación de esta imposibilidad en la propia documentación del contrato.

Dicho lo anterior, del tratamiento que en la Directiva se hace de esta cuestión se desprende que el considerando 33 de su exposición de motivos es bastante más detallado (en cuanto a ejemplos concretos) que el propio artículo 26 donde se recoge dispositivamente dicha medida.

En el artículo 26 únicamente se preceptúa que los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en la ejecución del con-

trato y que las mismas pueden referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.

En cambio, en el considerando 33 se particularizan posibles medidas concretas, lo que a todas luces nos parece muy positivo, con independencia de que no se haga ni mucho menos con carácter cerrado o taxativo, sino meramente enunciativo.

Y nos parece muy positivo porque entendemos que uno de los motivos por los que pudo no cuajar la utilización de estas condiciones de ejecución tras la jurisprudencia Beentjes, fue precisamente por la complejidad y el desconocimiento que sobre la misma se suponía.

Por ende, consideramos que la transposición no debe limitarse a ese enunciado genérico que el artículo 26 de la Directiva lleva a cabo, sino que, más en consonancia con el citado considerando 33, debería proceder a detallar en el propio precepto dispositivo, si bien de forma ejemplificativa, supuestos concretos de posibles medidas a adoptar o, al menos, “temas” o “colectivos” sobre los que puedan adoptarse las mismas, o incluso las dos cosas, esto es, tanto temas y colectivos como ejemplos concretos.

Pudiendo servir de base para dicha transposición el mismo considerando 33 de la Directiva, que es lo que se ha pretendido llevar a cabo en la propuesta más arriba apuntada. No pudiendo olvidar que esos considerandos de la Directiva cumplen un decisivo papel aclaratorio e interpretativo del propio articulado.

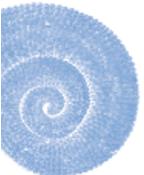
Todo ello con independencia de que, además, por Anexo puedan recogerse múltiples variaciones más detalladas de estas medidas. Pero

no creemos que este Anexo deba sustituir a la mención de casos concretos en el artículo, sino que debería complementarlo. No hace falta decir que no es el mismo lugar prominente un Anexo de la norma que el propio artículo, aunque a efectos teóricos sí pueda serlo. El que dichos supuestos concretos -o algunos de ellos- aparecieran en la misma norma (y no sólo en el Anexo) estamos seguros que provocaría una mucho mayor utilización por los poderes adjudicadores y una mayor concienciación de éstos sobre su gran utilidad.

No cabe duda alguna sobre que una favorable y real plasmación en estas condiciones de ejecución de posibles medidas en pro de los trabajadores con discapacidad llevaría sin lugar a dudas a otorgar una mayor importancia a la contratación de personas con discapacidad, superando probablemente la cuota de reserva legalmente establecida.

Y si además a todo lo anterior se añade el proyecto ya comentado por el CERMI de elaborar una guía divulgativa destinada a los poderes públicos donde se incluya una explicación detallada de cómo incluir tales condiciones de ejecución en los pliegos de condiciones, pensamos que el resultado puede ser óptimo.

Por lo demás, sólo nos queda recordar que a tenor de la Directiva las condiciones de ejecución del contrato deben indicarse en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Pensamos que resulta más oportuno, tanto desde un punto de vista jurídico (el pliego de condiciones está considerado como la ley del contrato), como desde un punto de vista práctico (los anuncios suelen ser más reducidos) que estas condiciones se plasmen en el pliego de condiciones y no en el anuncio de licitación.



Y respecto a que tales condiciones especiales de ejecución deban ser compatibles con el Derecho comunitario, resulta evidente, pero no sólo en cuanto a estas condiciones sino respecto a cualquier otra medida adoptada por los poderes adjudicadores o por otros poderes. Siendo esto así, entendemos preferible advertir en su lugar que tales medidas no deben ser discriminatorias (no podría exigirse la contratación de trabajadores con discapacidad de una determinada región o país, etc.) al estilo de la propia exposición de motivos de la Directiva.

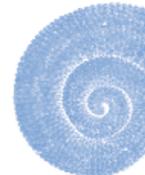
### II.2.4.- EL EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO CRITERIO DE DESEMPATE.

#### a) Comentarios sobre esta medida:

Sobre esta medida se ha discutido mucho con la Comisión Europea por parte de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad. Precisamente dichas discusiones tuvieron su origen en que en nuestro país ya se contaba con esta medida hace tiempo, desde la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. En la disposición adicional octava de dicha Ley ya se señalaba que:

“Disposición adicional octava: Contratación con empresas que tengan en su plantilla minusválidos.

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 pú-



blicas 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 iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación.”

Tal disposición fue modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, si bien su tenor literal anterior quedó intacto, añadiéndose un apartado 2 donde se expresaba:

“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”.

Con el actualmente vigente Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se mantuvo íntegramente el texto anterior:

“Disposición adicional octava: Contratación con empresas que tengan en su plantilla minusválidos y con entidades sin ánimo de lucro:

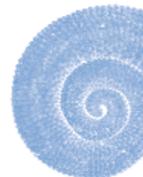


1. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 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.

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”.

Y no sólo en al ámbito estatal, sino también en el de las Comunidades Autónomas se contienen redacciones similares a esta disposición adicional.

Determina así el artículo 5 del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo:



“Los órganos de contratación establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, sin estar sujetas a la obligación a que se refiere el artículo 4 de este Decreto, 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 igualasen en sus términos a las más ventajosas después de aplicar el criterio precio en las subastas y los criterios objetivos establecidos para la adjudicación en los concursos. A tales efectos, las empresas acreditarán dicha circunstancia mediante la presentación de contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social”.

Esta redacción, como vemos, es muy similar a la recogida en la disposición adicional octava de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat Valenciana, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, también regula este punto en su artículo 9 relativo a la preferencia en la contratación administrativa:

“1. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de la Administración de la Generalitat, de sus entidades autónomas y sus entidades de derecho público sujetas a derecho privado, deberá recogerse como criterio preferencial en la adjudicación de los mismos que, en caso de empate de las mejores proposiciones en la puntuación final obtenida por los licitadores, la adjudicación se efectuará a la empresa que acredite tener en su plantilla, en el momento de

presentar sus proposiciones, un porcentaje mayor de trabajadores discapacitados con anterioridad a la publicación del contrato.

Cuando no sea posible la incorporación de trabajadores discapacitados a la empresas licitadoras, por la imposibilidad de que los servicios de empleo públicos competentes, o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de la misma y concluirla con resultado negativo, la adjudicación se efectuará a la empresa que acredite un incremento de las cuotas previstas en la normativa vigente para las medidas alternativas a la contratación de trabajadores discapacitados.

2. Igualmente, en los supuestos de adquisición de productos y servicios tecnológicos de información y comunicación, dichos pliegos recogerán como criterio preferencial en la adjudicación de los mismos que, en caso de empate de las mejores proposiciones en la puntuación final obtenida por los licitadores, la adjudicación se efectuará a la empresa que acredite que los mencionados productos y servicios son accesibles para las personas con discapacidad.”

Por su lado, establece el Decreto 26/1999, de 25 de febrero, del Gobierno de Canarias, por el que se regulan medidas de fomento para la integración laboral de minusválidos:

“Artículo 1. Los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y los Organismos de ella dependientes establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, cuando utilicen el sistema de concurso para la adjudicación de contratos

de suministros, consultoría y asistencia, servicios y gestión de servicios públicos, la preferencia en la adjudicación del contrato a favor de las empresas que, en el momento de la licitación, cuenten en su plantilla con un número de trabajadores fijos minusválidos no inferior al 2% de la misma, siempre que sus proposiciones obtengan una evaluación global que no se distancie en más de un 15% de la proposición mejor valorada.

A tal fin, los criterios objetivos de baremación excluido el anterior, no podrán exceder del 85%, y una vez efectuada su valoración, procederá, en su caso, la aplicación del criterio preferencial a las empresas licitadoras más valoradas y hasta las que se distancien de ésta en un máximo del 15%.

Artículo 2. Si varias empresas licitadoras acreditan tener relación laboral con personas con minusvalía en los términos del presente Decreto y se encuentran dentro del indicado límite porcentual respecto de la proposición mejor valorada, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor número de trabajadores fijos con minusvalía en su plantilla y que se comprometa a mantenerlos el tiempo que dure el servicio o durante el plazo de garantía del suministro.

Artículo 3. Cuando la adjudicación de los referidos contratos se realice mediante procedimiento negociado, los pliegos de cláusulas administrativas particulares, a efectos de determinar la oferta más adecuada, deberán establecer la consideración preferente de las ofertas presentadas por las empresas que, en el momento de concurrir a la licitación, tengan en su plantilla la proporción de trabajadores fijos con minusvalía reseñada en el artículo 1 del presente Decreto.

Artículo 4. A los efectos de acreditar la relación laboral con personas con minusvalía en los términos establecidos anteriormente, las empresas deberán aportar en el momento de la acreditación de la solvencia técnica, y sin que les exonera de ello el estar inscritas en el Registro de Contratistas, los documentos TC2 (relación nominal de trabajadores) correspondientes a todo el personal de la empresa, la determinación de quienes sean personas con minusvalía y el certificado acreditativo de éstas.

Artículo 5. Las empresas que acrediten la circunstancia señalada en los artículos anteriores, estarán exentas de constituir garantía provisional en los supuestos previstos en el artículo 36.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Artículo 6. En los contratos que se suscriban con las empresas que hayan resultado adjudicatarias en virtud de lo dispuesto en el presente Decreto, se hará constar tal circunstancia y su incumplimiento durante la vigencia del contrato, en los plazos que se establecen en el artículo 2, será causa de rescisión del mismo.”

Vemos cómo la norma canaria llega mucho más lejos que la nacional en cuanto hace entrar en acción a este criterio de preferencia no ya cuando existe empate, esto es, cuando las 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, sino cuando sus proposiciones obtengan una evaluación global que no se distancie en más de un 15% de la proposición mejor valorada.

Siguiendo con la normativa autonómica en este punto, sería igualmente destacable lo dispuesto en la Ley Foral 10/1998, de 16 de ju-

nio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra. Se expresa en su disposición adicional novena, modificada por la Ley Foral 16/2002, de 31 de mayo:

“Disposición adicional novena. Contratación con empresas que tengan en su plantilla trabajadores con discapacidad.

Los órganos de contratación señalarán 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 porcentaje de trabajadores con discapacidad no inferior al 3 %, 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 a la adjudicación.”

Con todo esto comprobamos perfectamente como la normativa nacional y autonómica contemplaba ya desde hacía tiempo el empleo de personas con discapacidad como criterio de desempate en subastas y concursos.

Y si bien en la Comisión hubo dudas sobre la pertinencia de esta medida en un primer momento, las mismas quedaron plenamente despejadas por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de septiembre de 2000 en el asunto C-225/98 Nordpas de Calais, en donde quedaba clarificado que los poderes adjudicatarios podían utilizar criterios semejantes al contenido en la disposición adicional octava de nuestra legislación de contratos. No obstante, será más adelante, al hacer una mención expresa a los criterios de adjudicación, cuando hagamos una referencia más precisa a esta sentencia.

En este momento basta con decir que con dicha jurisprudencia desaparecieron las dudas en el ámbito de la Comisión Europea sobre esta medida del empleo de personas con discapacidad como criterio de desempate en las adjudicaciones.

Siendo buena prueba de ello el propio expediente que la Comisión procedió incoar hace años en relación con ciertas medidas contenidas en el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid. En el mismo, y en concreto sobre este punto, lo deja zanjado al concluir que tal cuestión está totalmente resuelta al haber sido declarada plenamente conforme al Derecho comunitario.

Así, en el Dictamen final motivado de la Comisión Europea de 20 de diciembre de 2001 sobre esas medidas se expresa en su epígrafe 1 “Exposición de los Hechos”, apartado B, apartado expresamente dedicado al artículo 5 del Decreto 213/1998 y a la medida sobre un criterio de desempate de favorecimiento de la integración social de minusválidos recogida en estos pliegos (este precepto antes transcrito recordamos como reiteraba lo expuesto por la DA8<sup>a</sup> de nuestra legislación de Contratos de las Administraciones Públicas), que:

“Esta disposición, que prevé la utilización de un criterio de desempate de contenido social, era objeto de una de las objeciones iniciales de la Comisión. A raíz de la sentencia del Tribunal en el asunto C-225/98 antes citado, la Comisión puede retirar esta objeción, siempre que la evaluación de las ofertas se efectúe desde una perspectiva económica y se respeten, en todos los casos, las normas de transparencia y el principio de no discriminación”.

Huelgan mayores comentarios.

No obstante, finalmente esta medida no se ha recogido en la Directiva que nos ocupa, probablemente por su escasa virtualidad práctica.

Efectivamente, si al hecho de que esta previsión no era muy común en otros países europeos, se une la circunstancia de que resulta muy difícil que se de en la práctica la total igualdad que sería necesaria entre dos ofertas para que finalmente pueda operar este criterio de desempate, podemos comprender los motivos por los que no ha acabado por incorporarse esta mención en la Directiva.

Si bien esa ausencia de la Directiva en absoluto significa que la medida no pueda ser adoptada, o no pueda ser incorporada a las legislaciones nacionales, como de hecho ya estaba y sigue estando en nuestro país. Es más, si algo ha quedado clarificado tras la jurisprudencia comentada es la absoluta conformidad a Derecho de esta cláusula, como la misma Comisión Europea ha reconocido.

b) Referencias concretas en la Directiva a esta medida:

Según lo ya comentado no aparece esta medida en el texto de la Directiva, lo que debemos insistir -para evitar equívocos- que de ninguna manera significa que la misma no pueda ser adoptada, según ha quedado ya clarificado y analizado.

c) Propuesta concreta de transposición a la normativa nacional:

No estaríamos hablando en este caso propiamente de transposición dado que no se recoge en la Directiva. No obstante, procedemos a efectos sistemáticos a proponer aquí el texto que entendemos podría ser incluido en la normativa nacional sobre este punto.

“Disposición adicional .....: Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad y con entidades sin ánimo de lucro:

1. Los órganos de contratación establecerán 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 con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación.

Si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa, acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

A tales efectos, las empresas acreditarán dicha circunstancia mediante presentación ante el órgano de contratación de un certificado de la empresa en el que conste el número de trabajadores en plantilla y copia compulsada de los contratos celebrados con trabajadores con dis-

capacidad o mediante cualquier otro medio que el órgano de contratación decretara.

2. En la misma forma y condiciones se establecerá 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”.

d) Motivación de esta propuesta de transposición:

Bajo el riesgo de ser reiterativos debemos comentar por última vez que con independencia de que la presente medida no fuera recogida en la Directiva que nos ocupa por los motivos antes explicados, sí resulta del todo necesario y conveniente que se incorpore a la normativa nacional española, como, por otro lado, así se encuentra efectuado en la actualidad.

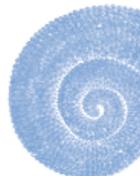
Y es que, dejando de lado la mayor o menor trascendencia práctica de esta medida, la misma supuso desde un inicio un avance muy significativo en la política social a favor de las personas con discapacidad. Siempre ha sido considerada como un puntal característico de la normativa social (las principales normativas autonómicas en la materia fueron dictadas a su amparo) y, de hecho, también ha sido vista en otros países



como un precepto innovador en la materia. La propia defensa que en el ámbito de la Comunidad Europea hubo de hacerse para el mantenimiento de esta medida y el pleno éxito obtenido -con el expreso reconocimiento de la Comisión- hace de por sí que resulte plenamente lógico y coherente su continuación en la futura normativa de contratos.

Por ello no se niega que la actual redacción de la disposición adicional octava del vigente Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tiene un significado más teórico que real y más simbólico que efectivo. Entre otras cuestiones, porque la preferencia en la adjudicación debe fijarse por los órganos de contratación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, no siendo automática; segundo, debido a que en relación con el apartado primero de la disposición, el cumplimiento por parte de las empresas públicas o privadas en el momento de acreditar su solvencia técnica de la circunstancia de tener en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad no inferior al 2 por 100 es propiamente una obligación legal que toda empresa de más de 50 trabajadores ya tenía que cumplir de por sí -aunque bien es sabido que no se cumple como debiera-; y, respecto al apartado siguiente, porque únicamente se establece para contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial; por último, ya que esta preferencia en la adjudicación únicamente se dará si sus proposiciones igualan en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación.

Pero, con independencia de lo anterior, ya se ha comentado que aunque sólo fuera por ese carácter simbólico, la misma tendría un valor verdaderamente trascendente.

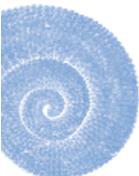


No obstante, puede ser el presente un buen momento para, sin introducir innovaciones muy profundas en esta disposición (que podrían ser muy discutidas), sí pudiera procederse a modificar la misma de forma leve para intentar otorgarle aún un mayor protagonismo.

Probablemente la utilización de esta medida siga siendo marginal, pero puede ser que con estas pequeñas reformas adquiera una mayor relevancia, aunque siga siendo una relevancia mayormente simbólica, si bien insistimos en que no por ello menos importante.

Entre estas leves modificaciones destacaría una que ya ha sido recogida en toda la normativa autonómica que regula esta cuestión, cual es la de que el carácter potestativo o voluntario de la disposición adicional octava de nuestra legislación de contratos “los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas” se torne en un carácter imperativo u obligatorio “los órganos de contratación establecerán en los pliegos de cláusulas”. Ello no debería suponer ningún problema en cuanto reiteramos que tanto la normativa autonómica de Madrid, como la de la Generalitat Valenciana, Canarias o la de Navarra, por citar algunas de las pioneras, ya lo recogen.

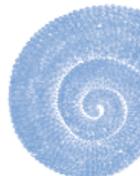
Y no sólo esa normativa autonómica presenta una obligatoriedad de esta medida, sino que en el propio ámbito estatal también se ha incorporado la imperatividad de la misma en toda la contratación de diversos organismos o departamentos ministeriales, como por ejemplo en el Ministerio de Sanidad y Consumo, entre otros Ministerios, donde por Orden de 17 de diciembre de 2001 se aprobó una instrucción sobre el establecimiento de criterios de preferencia en la adjudicación de contratos sobre la base de la integración de las personas con discapacidad



en las plantillas de las empresas licitadoras, en la que se expresaba que en todos los pliegos aprobados por los órganos de contratación de ese Departamento debía incorporarse una cláusula relativa a criterios de adjudicación en los concursos del siguiente tenor: “En caso de igualdad entre dos o más licitadores, desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación, será preferida la proposición presentada por aquella empresa que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tenga en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100 de la misma”.

Por todo ello, generalizando esta obligatoriedad se dotaría de un mucho mayor protagonismo a esta figura al aparecer la misma en todo pliego de cláusulas administrativas particulares.

Otra modificación podría ser, y así lo proponemos, la de incrementar el porcentaje del 2% a uno superior a ese 2%. La explicación de este incremento no puede ser más lógica: hasta ahora se exigía para este criterio de desempate un porcentaje que era idéntico al exigido por la propia legislación social (artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos) respecto al número de trabajadores con discapacidad que debían tener en plantilla las empresas de más de 50 trabajadores. Por ello mismo el propio criterio de desempate perdía un poco su sentido: ¿cómo puede ser considerado un criterio de desempate el cumplir la normativa vigente? Todas las empresas obligadas a ello deberían cumplirlo. Es como si se prevé como criterio de desempate el cumplir con las obligaciones tributarias. Para que estuviéramos ante un verdadero criterio de desempate debería fijarse un porcentaje superior. Así, con este nuevo porcentaje “superior al 2%” de la propuesta



se añade un plus al estricto cumplimiento legal de la norma, otorgándose un mayor valor a este criterio.

Por otro lado, al aumentarse ese porcentaje en la propuesta, aunque sea de forma mínima (bastaría con cualquiera superior al 2%, como un 2,1%) se consigue independizar esta medida del propio deber de cumplimiento legal del porcentaje marcado por la citada Ley 13/1982, de 7 de abril, lo que de por sí resulta muy conveniente en cuanto hay empresas (las de menos de 50 trabajadores y las que cumplan otras medidas alternativas reglamentariamente previstas) que no tienen la obligación legal de cumplir dicho 2%.

Al desmarcarse este criterio de desempate de la propia obligación legal de la Ley 13/1982, de 7 de abril, se evitarán equívocos sobre a quienes resultaba de aplicación tal criterio de desempate: el criterio de desempate será de aplicación para cualquier empresa, deba o no cumplir la obligación legal, en cuanto son aspectos diferentes.

Otra posible modificación podría ser la de introducir un segundo criterio de desempate para el supuesto de que, una vez deba utilizarse el primero (el de que las proposiciones sean iguales objetivamente), haya más de un licitador que cumpla efectivamente la condición de tener en su plantilla un número superior a un 2% de trabajadores con discapacidad.

Hemos de tener en cuenta que si llegara a tener que utilizarse el primer criterio de desempate (que será lo difícil), el que exista más de un licitador que lo cumpla no sería ya tan extraño. Y sobre todo no sería nada extraño si finalmente no se aumenta el porcentaje requerido y se mantiene el del 2%, en cuanto la propia normativa legal ya hemos indi-

cado como obliga a ese cumplimiento del 2% de trabajadores con discapacidad en plantilla, con independencia de que estemos en el ámbito de la contratación pública o no.

Por ese mismo motivo (sobre todo para el supuesto de mantenerse el porcentaje en el 2%), sería conveniente prever un segundo criterio, al estilo de lo efectuado por el artículo 2 del Decreto 26/1999, de 25 de febrero, del Gobierno de Canarias, por el que se regulan medidas de fomento para la integración laboral de minusválidos. Tomando como base este precepto podría determinarse en la propuesta que hemos elaborado que “si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa, acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla”.

También, para finalizar, podría introducirse en la nueva normativa alguna previsión específica para acreditar esta relación laboral con personas con discapacidad, y así se ha realizado igualmente en la propuesta más arriba contenida.

Por último, y ya en cuanto al actual apartado segundo de la disposición adicional octava del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, introducido en el año 1999 (“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”), no creemos que haya mayor necesidad de modificarlo expresamente, pudiendo mantenerse en su actual redacción.

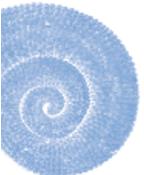
### II.2.5.- EXCLUSIÓN DE UN LICITADOR POR INCUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN SOCIAL.

a) Comentarios sobre esta medida:

El establecimiento de cláusulas que obligan a los contratistas a cumplir las disposiciones vigentes en materias sociales o laborales ya venía haciéndose desde antiguo en nuestro país, y ello puede comprobarse atendiendo a la cláusula 11ª del Pliego de Condiciones Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, o a la también cláusula 11ª del Pliego de Condiciones Administrativas Generales para la contratación de estudios y servicios técnicos, aprobado por Orden Ministerial de 8 de marzo de 1972, vigentes todavía ambos en cuanto no se opongan a la actual legislación de Contratos de las Administraciones Públicas.

No obstante, fue la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la que más expresamente introdujo en la legislación nacional la prohibición de contratar por haber cometido una infracción grave en materia de integración laboral de personas con discapacidad, expresando su artículo 20:

“En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concorra alguna de las circunstancias siguientes:



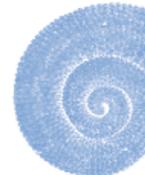
d) Haber sido condenadas por sentencia firme por delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo o por delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo, o haber sido condenadas o sancionadas con carácter firme por delito o infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral de minusválidos o muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social. (...)"

Por Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se procedió a retocar el citado artículo 20 en su apartado d), si bien a los efectos que nos interesa, la reforma no fue especialmente sustancial:

“En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

d) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral de minusválidos o muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, o en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre prevención de riesgos laborales”.

En la actualidad, en el vigente Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se mantiene ese mismo texto que acabamos de reproducir.



Por lo cual debe considerarse que ésta sigue siendo una de las principales medidas en nuestra legislación de contratos en relación con las personas con discapacidad.

Para seguir encuadrando convenientemente la medida que ahora se está analizando, puede igualmente recordarse que, aunque acabamos de señalar que fue la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la que expresamente introdujo en nuestra legislación la prohibición de contratar por infracción grave en materia de integración laboral de personas con discapacidad, es tras la modificación de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, operada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuando tal prohibición de contratar cobró su verdadero significado.

Efectivamente, tras esa reforma por Ley 50/1998 se incluyó en el artículo 27.5 -en relación con las infracciones en materia de empleo y fomento del empleo- de la citada Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el siguiente precepto legal:

“Son infracciones graves: 5. El incumplimiento en materia de integración laboral de minusválidos de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para minusválidos, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional”.

Con posterioridad, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, deroga de forma expresa la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Sin embargo esta derogación no supuso ningún cambio en el precepto citado con anterioridad debido a que el nuevo artículo 15.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, dentro de la Sección 3ª dedicada a las infracciones en materia de empleo, del Capítulo II sobre infracciones laborales, quedó redactado de una forma similar al anterior artículo 27.5 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, siendo el tenor literal del nuevo precepto el que sigue:

“Son infracciones graves: 3. El incumplimiento en materia de integración laboral de minusválidos de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para minusválidos, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional”.

En su virtud, el incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para dichas personas, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional, deriva en la existencia de una prohibición de contratar.

Esa prohibición de contratar -a tenor del artículo 20 d), y 21.1 y 3 del vigente Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP)-, no podría apreciarse de forma directa por los órganos de contratación, sino que requiere su previa declaración por el Ministro de Hacienda, amén de que será necesario la existencia de una sanción firme por el incumplimiento en esa materia.

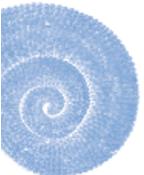
En todo caso, el artículo 79.2 TRLCAP expone que las proposiciones de los interesados deberán ir acompañadas, entre otros documentos, de

una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar, conforme a los artículos 15 a 20 TRLCAP.

Como complemento a lo anterior solo recordar que la infracción grave por el incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional, deriva propiamente de la obligación impuesta a estos efectos a las empresas públicas y privadas por la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, modificada en lo que nos interesa por Leyes 66/1997, de 30 de diciembre, 50/1998, también de 30 de diciembre, y 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, al determinar la misma en su artículo 38.1 que:

“Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores minusválidos. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores minusválidos que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.

De manera excepcional las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a tra-

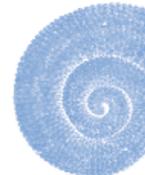


vés de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83, números 2 y 3, del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente”.

Debiéndose tener también en cuenta el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.

Pues bien, visto ya que en la normativa nacional se incluye desde hace tiempo sin ningún género de dudas la prohibición de contratar por la comisión de infracciones graves en materia de integración laboral de personas con discapacidad, no extrañará en absoluto que en la propia Directiva que nos ocupa se venga también a introducir una mención al respecto (derivada también de otras Directivas anteriores), si bien de forma mucho más genérica que en la legislación nacional, y no tan expresamente centrada en la integración laboral de las personas con discapacidad.

En la Directiva se hace referencia a este aspecto en los considerandos, en concreto en el 43, como luego veremos. Haciéndose también otra breve referencia en su parte dispositiva, al apuntar su artículo 45.2 c) que podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico “que haya sido condenado por

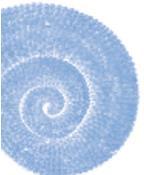


sentencia con autoridad de cosa juzgada según las disposiciones legales del país y en que se aprecie un delito que afecte a su moralidad profesional”.

Las Directivas a las que hace referencia el mencionado considerando 43 son la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Esta última fue modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

En desarrollo de estas Directivas apuntadas se ha dictado en nuestro país múltiple legislación de importancia en materia de personas con discapacidad como, entre otras, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que abarca muchas otras situaciones diferentes a las del incumplimiento en materia de integración laboral, o la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados.

A mayor abundamiento, recordamos también como la propia Comisión Europea, ya en su comunicación sobre la contratación pública en la Unión Europea de fecha 11 de marzo de 1998, apartado 4.4 (COM (98) 143 final, fue concluyente sobre esta materia al manifestar que:

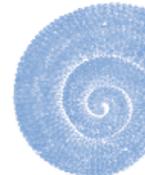


“Las normas de las Directivas sobre contratación pública permiten excluir a los candidatos que violan la legislación en materia social, incluyendo las relacionadas con la promoción de la igualdad de oportunidades”.

Por todo ello, el incumplimiento de la normativa dictada en España a su vez en el marco del empleo de personas con discapacidad y de la igualdad de oportunidades, normativa donde se recoge la reserva de puestos trabajo para este colectivo que ya ha sido antes comentada, está plenamente comprendida dentro de la mención genérica de la Directiva que ahora se analiza, dado que estaría considerada como “un delito que afecta a la moralidad profesional del operador económico de que se trate o una falta grave”, siempre que exista sentencia firme o una resolución equivalente, como podría ser una resolución administrativa firme.

Así, aunque la Directiva no contenga una mención tan específica como sí lo hace la normativa nacional, el incumplimiento en materia de personas con discapacidad en el marco de la integración laboral o en el de igualdad de oportunidades y no discriminación, también debe entenderse incluido en la misma como motivo para impedir la adjudicación de contratos a los incumplidores.

Y más cuando la legislación nacional puede -como así es en este caso- ser más expresa y detallada que la comunitaria, en cuanto no hace falta recordar que esta última es un mínimo de obligado cumplimiento para los Estados miembros, que puede ser desarrollado por la normativa propia de cada Estado siempre que no produzca discriminaciones en el ámbito comunitario ni contraríe la propia normativa comunitaria.



De todo lo anterior se desprende que si bien la Directiva 2004/18/CE, de cuya transposición nos estamos ocupando, no supone un verdadero avance en esta materia respecto a nuestra legislación nacional ya vigente (más avanzada en esta materia), sí debe ser recogida con satisfacción, en cuanto se reitera en el ámbito comunitario una doctrina tradicional en la normativa española, mas no tanto en la de otros Estados miembros.

b) Referencias concretas en la Directiva a esta medida:

Subraya la Directiva en el considerando 43 de su Exposición de Motivos:

“Debe evitarse la adjudicación de contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o que hayan sido declarados culpables por corrupción o fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas o blanqueo de capitales. Los poderes adjudicadores deben pedir, en su caso, a los candidatos/licitadores los documentos pertinentes y, cuando alberguen dudas sobre la situación personal de dichos candidatos/licitadores, pueden solicitar la cooperación de las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate. Debe procederse a la exclusión de dichos operadores económicos cuando el poder adjudicador tenga conocimiento de una sentencia firme sobre tales delitos dictada de conformidad con el Derecho nacional, que les confiera carácter de cosa juzgada. Si el Derecho nacional contemplare disposiciones a tal efecto, el incumplimiento de la legislación en materia de medio ambiente o de la normativa sobre acuerdos ilícitos en materia de contratos públicos que haya sido objeto de una sentencia firme o de una re-

solución de efectos equivalentes se podrá considerar un delito que afecta a la moralidad profesional del operador económico de que se trate o una falta grave.

La inobservancia de disposiciones nacionales de aplicación de las Directivas 2000/78/CE y 76/207/CEE del Consejo relativas a la igualdad de trato de los trabajadores que hayan sido objeto de una sentencia firme o de una resolución e efectos equivalentes se podrá considerar un delito que afecta a la moralidad profesional del operador económico de que se trate o una falta grave.”

Ya ha sido indicado con anterioridad que las Directiva a las que hace referencia este considerando son la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Esta última fue modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Por su lado, recoge el apartado 2 c) del artículo 45 de la Directiva “situación personal del candidato o del licitador”, situado dentro del Título II “Normas aplicables a los contratos públicos”, capítulo VII “Desarrollo del procedimiento”, Sección III “Criterios de selección cualitativa”:

“2. Podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico: (...)

c) que haya sido condenado por sentencia con autoridad de cosa juzgada según las disposiciones legales del país y en que se aprecie un delito que afecte a su moralidad profesional.”

c) Propuesta concreta de transposición a la normativa nacional:

En esta ocasión no estaríamos tanto ante un supuesto de transposición dado que ya en nuestra legislación se recoge esta medida de forma más concreta que en la Directiva. En todo caso, con independencia de lo anterior, se procede a proponer aquí el texto que entendemos podría ser incluido en la normativa nacional sobre este punto.

Por un lado, y según explicaremos más adelante, se propone suprimir la mención en la actual prohibición de contratar, al hecho de haber sido sancionada con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral de minusválidos, incorporando, en cambio, en la misma prohibición, el haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de personas con discapacidad, al permitirlo la vigente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, según luego veremos:

“En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

d) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en mate-

ria de igualdad de oportunidades y no discriminación de personas con discapacidad, o muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, o en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre prevención de riesgos laborales”.

Por otro lado, y precisamente para sustituir lo suprimido más arriba, se propone añadir una prohibición de contratar por el incumplimiento (sin necesidad de sanción firme, como ocurría antes) de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, o de la aplicación de sus medidas alternativas con carácter excepcional. Efectivamente, esta nueva redacción de la prohibición de contratar podría incluirse, como es lógico, en el propio artículo que actualmente recoge las prohibiciones de contratar, y en el mismo apartado que el hallarse al corriente de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social, en cuanto el tratamiento podría ser similar.

De este modo, la redacción podría quedar de la siguiente manera:

“En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

f) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, de Seguridad Social o de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad o aplicación de sus medidas alternativas con carácter excepcional, impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen.”

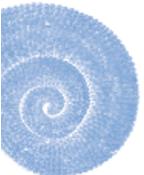
d) Motivación de esta propuesta de transposición:

Hasta ahora, y de acuerdo con nuestra legislación nacional aplicable, que no se ve en absoluto contrariada por la nueva Directiva, sino confirmada por ella, el incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para las mismas, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional, podía suponer la existencia de una prohibición de contratar, en virtud del artículo 20 d) del vigente Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

Ahora bien, en esa vigente prohibición de contratar podría añadirse, en los mismos términos, el haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de personas con discapacidad, al permitirlo la vigente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Esta nueva causa para imponer una prohibición de contratar seguiría estando ligada con la discapacidad, si bien no con el ámbito de la integración laboral, como ocurría hasta ahora, sino con la igualdad de oportunidades y la no discriminación.

La misma deriva de la citada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, donde quedan recogidos otros aspectos y medidas diferentes a las citadas de la integración laboral. Siendo en la disposición final undécima de esa misma Ley 51/2003 donde queda previsto que “El Gobierno, en el



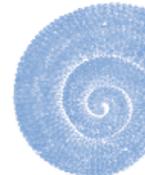
plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes un proyecto de ley que establezca el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad”.

En su virtud, aunque tal proyecto de ley todavía no ha sido elaborado, resulta muy probable que lo sea en un futuro bastante próximo, motivo por el que se debería tener desde ya en cuenta para evitar la necesidad de una nueva reforma de la legislación de contratos para dar cabida a este aspecto cuando el proyecto de ley sea tramitado y aprobado o, en el peor de los casos, que posibles infracciones graves con sanciones firmes en este ámbito no dieran lugar a una prohibición de contratar por el mero hecho de no haber sido ahora previsores.

Dicho lo anterior, debemos retomar el campo de la integración laboral de las personas con discapacidad, que es al que hasta ahora se refería con exclusividad nuestra legislación de contratos en cuanto a las prohibiciones de contratar, aunque exigiendo la existencia de una sanción firme.

De todos es sabido que en la práctica multitud de licitadores que resultaban adjudicatarios de contratos públicos no cumplían con sus obligaciones en materia de integración laboral de personas con discapacidad en cuanto a la reserva de puestos de trabajo para las mismas o la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional.

La necesidad de que se incoara el debido procedimiento sancionador para imponerse una sanción firme en esa materia, y tras ello, que en otro procedimiento ad hoc se decretara la prohibición de contratar, hacía del todo inoperante esta medida.



Ello ha derivado en que finalmente haya acabado siendo una medida teórica dictada de cara a la galería, sin ninguna virtualidad práctica, lo que resulta contrario al propio mandato contenido en la Constitución Española, que en su artículo 49 obliga a los poderes públicos a realizar una política de integración de las personas con discapacidad.

En su virtud, si pretendemos que se verifique a través de las normas de contratación pública que todo licitador que esté obligado a ello, cumpla con lo dispuesto por nuestra legislación social en materia de reserva de puestos de trabajo para minusválidos, debería proponerse alguna innovación en el actual articulado imperante sobre esta materia.

Por ende, y ante el contundente mandato legal (artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos) donde se obliga a esta reserva de puestos de trabajo, parece evidente y lógico que el incumplimiento de semejante obligación signifique la imposibilidad de contratar con la Administración.

Enfatizamos que sería el incumplimiento (no el haber sido sancionados con carácter firme), lo que daría lugar a la prohibición de contratar.

Ni más ni menos que al igual que ocurre con el incumplimiento de las obligaciones fiscales o de la Seguridad Social. La normativa vigente no exige una sanción firme en estas materias para que exista la prohibición de contratar, sino que se acredite el incumplimiento.

Y la forma de acreditar ese incumplimiento o ese cumplimiento, en su caso, sería igual que lo previsto para las citadas obligaciones tributarias o de la Seguridad Social: mediante presentación ante el órgano de

contratación de la certificación expedida por el órgano administrativo competente que acredite ese efectivo cumplimiento de la obligación.

El desarrollo de esta acreditación debería hacerse por vía reglamentaria (como ya se efectúa precisamente para las obligaciones fiscales y de Seguridad Social en los artículos 13 y ss. del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Insistimos en que la imposición de esta prohibición de contratar (que propiamente no vendría sino a sustituir a la anterior, que resultaba inoperante), sería la única manera de intentar de una vez por todas que la vigente obligación de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad no quede en una mera declaración de intenciones sin un efectivo cumplimiento práctico, como hasta este momento venía aconteciendo.

### II.2.6.- CRITERIOS ADICIONALES DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

a) Comentarios sobre esta medida:

A efectos de la adjudicación de los contratos, tradicionalmente se viene exigiendo que en las subastas sea únicamente tenido en cuenta el criterio del precio; y que en los concursos sean tenidos en cuenta los criterios objetivos establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas. En ese sentido, y centrándonos en los concursos, recordamos como nuestro artículo 86 del TRLCAP “criterios para la adjudicación del concurso” establece:

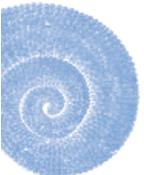
“1. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otras semejantes, de conformidad a las cuales el órgano de contratación acordará aquélla”.

Entre estos criterios no aparecen expresamente citados posibles criterios sociales que pudieran ser igualmente tenidos en cuenta a efectos de la adjudicación (serían los coloquialmente llamados “criterios adicionales de adjudicación” o “cláusula social”).

Ahora bien, que no aparezcan expresamente citados no significa que no pudieran igualmente tenerse en consideración tales criterios, que podemos denominar sociales. De hecho la redacción de este artículo es clara, dado que en el mismo se relacionan una serie de criterios que denomina objetivos y que pueden servir de base para la adjudicación, disponiendo a su vez que también podrán preverse en los propios pliegos otros criterios semejantes.

Esto es, el artículo 86 TRLCAP es claramente un precepto que no es cerrado ni taxativo, que no impone un numerus clausus, sino que contiene una enumeración abierta, dejando la posibilidad a otro tipo de criterios objetivos.

Buena prueba de todo ello es que diversas Comunidades Autónomas, entre las que podemos destacar la de Madrid, ya establecieron en

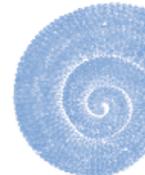


su normativa (artículo 2 del Decreto del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo) una serie de criterios sociales (en este caso referidos al empleo) que debían tenerse igualmente en cuenta para la adjudicación de los concursos. A esos criterios se les atribuía una ponderación del 20 por 100 del total de la baremación.

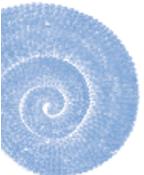
Dichos criterios de adjudicación contenidos en el citado Decreto fueron impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa y ésta fue taxativa dándolos por plenamente válidos y objetivos en sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 606 de 30 de mayo de 2003, así como en otras posteriores de la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictadas en el mismo sentido (sentencia nº 1040, de 20 de junio de 2003, 1139, también de 20 de junio de 2003, nº 1217, de 24 de julio de 2003, nº 1233, de 25 de julio de 2003, nº 1315, de 9 de septiembre de 2003, nº 1328, de 30 de septiembre de 2003, nº 1414, de 6 de octubre de 2003, nº 1599, de 4 de noviembre de 2003, o nº 373, de 8 de marzo de 2004).

También en este mismo sentido se pronunció sin ningún género de dudas el Consejo de Estado en su dictamen número 3.495/98, de 19 de noviembre de 1998, sobre este propio Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, en concreto en la consideración V de dicho dictamen:

“El representante de la CEOE ha señalado que las materias a que afecta este proyecto de Decreto están reguladas en la Ley de Contratos



de las Administraciones Públicas con carácter básico, de tal modo que la Comunidad de Madrid no puede contravenir ni modificar ninguno de los contenidos de tales preceptos. A este respecto debe señalarse que los artículos que cita, que son los artículos (...) y 87 de la referida Ley, establecen respectivamente: (...) los criterios para la adjudicación del contrato. (...) En cuanto al artículo 87 de la LCAP, establece que “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 otras semejantes, de conformidad a las cuales el órgano de contratación acordará aquélla”. La lectura de este artículo hace ver que los criterios que pueden sentarse en los concursos para la adjudicación del contrato son variables y acomodables a cada caso, y además no prohíben que una Comunidad Autónoma que -como la de Madrid- haya asumido competencias de desarrollo legislativo en materia de contratos, haga uso, dentro del marco de la legislación básica, de su facultad normativa, como ahora lo hace, sin contravenir las bases de la regulación para todo el Estado, para establecer criterios objetivos de adjudicación de los contratos públicos, como los indicados en el presente proyecto de Decreto. Criterios estos que, por lo demás, no dejan de ser objetivos ni de estar 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, para seleccionar -siempre haciendo uso de una ponderación razona-

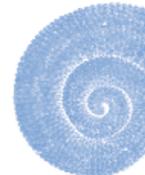


ble del criterio- al contratista que corresponda, precisamente para proteger los intereses públicos presentes en la selección de la oferta más ventajosa, dado que la calidad del empleo ofrecido por una empresa, y la cualificación de sus recursos humanos, es uno de los factores objetivos que puede influir en la selección del contratista más adecuado.”

Otra Comunidad Autónoma que también ha utilizado criterios sociales (incluso propiamente sobre personas con discapacidad) a efectos de la adjudicación de los concursos, ha sido la Comunidad Foral de Navarra, en virtud de su Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, artículo 62.8, modificado por Ley Foral 16/2002, de 31 de mayo, por la que se regulan aspectos de acceso al empleo de las personas con discapacidad en la Comunidad Foral de Navarra:

“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporarán, con carácter general, entre los criterios de adjudicación en los contratos de gestión de servicios públicos el de integración laboral de personas con discapacidades, de forma que se valore y puntúe positivamente a aquellas empresas que en el momento de acreditar su solvencia técnica tengan en su plantilla un porcentaje superior al 4 % de la misma con una gran disminución física, sorderas profundas y severas, disminución psíquica o enfermedad mental”.

En ese sentido podemos comprobar como, si bien es cierto que desde algún sector (principalmente desde alguna asociación de empresarios como AECOM) se ha venido a discutir la posibilidad de que estos criterios sociales sean tenidos en cuenta en la adjudicación de los contratos, los mismos deben considerarse plenamente aceptados tanto en nuestra jurisprudencia como en la propia legislación vigente.



También en el ámbito comunitario ha venido siendo aceptada desde hace años esta posibilidad, aunque es verdad que ha sido tras las últimas sentencias dictadas en la materia -a las que luego nos referiremos cuando han sido zanjadas todas las dudas existentes al efecto.

En el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la contratación pública en la Unión Europea, de fecha 27 de noviembre de 1996 se exponía en su apartado 5.V:

“Los poderes y entidades adjudicadoras pueden verse obligados a aplicar los diferentes aspectos de la política social en el momento de adjudicación de sus contratos, ya que las adquisiciones públicas pueden constituir un importante medio de orientar la actuación de los operadores económicos”.

También muy significativo es el Informe de 9 de octubre de 1997 del Parlamento Europeo en el campo de la contratación pública, Informe donde se expresa literalmente que:

“La inclusión de criterios medioambientales, sociales u otros criterios de calidad en la descripción original de los productos o servicios solicitados no contradice la letra ni el espíritu de la ley de contratación pública; tampoco es un obstáculo para la competencia por el contrato”.

El Parlamento Europeo explica además en la Exposición de Motivos de este mismo informe que aunque “las Directivas sobre contratación pública son sobre todo económicas, y no son necesariamente el medio más adecuado para establecer políticas sociales o medioambientales, no deben constituir un obstáculo para fomentar mejores prácticas si éste es el deseo de la entidad adjudicadora”.

De nuevo la Comisión Europea, en su Informe anexo al de 9 de octubre de 1997 del Parlamento Europeo, es de la misma opinión:

“Considera que los Estados miembros tienen la obligación de combatir el desempleo y la exclusión social; indica que las contrataciones públicas financiadas, en definitiva, a través de los fondos públicos, pueden contribuir al logro de estos objetivos en condiciones que garanticen la transparencia en las licitaciones y los procedimientos de adjudicación”.

Y también en su comunicación sobre la contratación pública en la Unión Europea de fecha 11 de marzo de 1998, apartado 4.4 (COM (98) 143 final, remarca:

“La Comisión también subraya que los contratos públicos pueden ser un medio para orientar la acción de los operadores económicos, siempre que se respeten los límites establecidos por el Derecho comunitario. En este contexto, la Comisión anima a los Estados miembros a que utilicen su influencia en cuanto compradores públicos para perseguir los objetivos sociales anteriormente mencionados. Por su parte, la Comisión tiene la intención de actuar de manera análoga en sus procedimientos de contratación”.

E incluso el mismo Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en su artículo 136 (antes artículo 117), contenido dentro de sus disposiciones sociales, al disponer:

“La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales (...) tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de con-

seguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

A tal fin, la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad.

Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.”

Pero todavía más importancia que estas proclamaciones de diversos órganos comunitarios, tiene la propia jurisprudencia comunitaria, donde en su momento fue discutida la presente cuestión, y que ha resuelto de forma definitiva la misma, habiéndose aceptado la utilización de tales criterios sociales en la adjudicación de los concursos. A esos efectos pueden citarse las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

Sentencia de 26 de septiembre de 2000 en el asunto C-225/98 Nord-pas de Calais. Esta sentencia supuso una clarificación total de la postura que debe seguirse en la interpretación de la normativa comunitaria, zanjando las posibles dudas que la misma hubiera podido provocar hasta el momento:

“Sobre el motivo basado en el criterio adicional de lucha contra el desempleo

46. La Comisión alega que las autoridades francesas vulneraron el artículo 30 de la Directiva 93/37, al incluir explícitamente como criterio de adjudicación, en determinados anuncios de licitación, una condición relativa al empleo, relacionada con una acción local de lucha contra el desempleo. La Comisión reconoce que la toma en consideración de acciones vinculadas al empleo puede entenderse como condición de ejecución conforme a la jurisprudencia Beentjes (sentencia de 20 de septiembre de 1988, 31/87, Rec. p. 4635, apartados 28 y 37), pero señala que, en el presente caso, esta posibilidad se calificó de criterio de adjudicación en los anuncios de licitación de que se trata. Pues bien, en virtud del artículo 30 de la Directiva 93/37, los criterios de adjudicación deben basarse bien en el precio más bajo, bien en la oferta económicamente más ventajosa.

47. Sobre la base de los apartados 28 y 37 de la sentencia Beentjes, antes citada, el Gobierno francés subraya que el Tribunal de Justicia ha autorizado un criterio adicional de adjudicación de este tipo. Asimismo, precisa que el criterio de adjudicación de que se trata en el presente asunto no constituye un criterio principal, como los recogidos en el artículo 29 de la Directiva 71/305, cuyo objeto es hacer posible la determinación de la oferta más ventajosa, sino un criterio accesorio no determinante.

48. Con carácter preliminar, procede señalar que, a través de este motivo, la Comisión reprocha a la República Francesa haber infringido el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 93/37, mediante la mención pura y simple, en varios de los anuncios de licitación controvertidos, del criterio de lucha contra el desempleo como criterio de adjudicación.

49. Debe recordarse que, de conformidad con el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 93/37, los criterios en que ha de basarse el órgano de contratación para la adjudicación de los contratos son bien únicamente el precio más bajo, bien, en el caso de que la adjudicación se efectúe a la oferta económicamente más ventajosa, distintos criterios que varían en función del contrato, como el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la rentabilidad y el valor técnico.

50. No obstante, esta disposición no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 29).

51. Además, aun cuando tal criterio no sea en sí mismo incompatible con la Directiva 93/37, su aplicación debe respetar todas las normas de procedimiento de dicha Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 31, por lo que respecta a la Directiva 71/305). Se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 36).

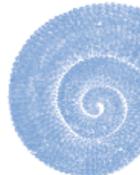


52. En lo que atañe a la alegación formulada por la Comisión según la cual la sentencia Beentjes, antes citada, se refería a una condición de ejecución del contrato y no a un criterio de adjudicación de éste, basta con señalar que, tal como se deriva claramente del apartado 14 de la sentencia Beentjes, antes citada, la condición de contratar a parados de larga duración, sobre la que versaba dicho asunto, había servido de base para la exclusión de un licitador, por lo que sólo podía constituir un criterio de adjudicación del contrato.

53. En el caso de autos, tal como se indica en el apartado 48 de la presente sentencia, la Comisión sólo pone en entredicho la mención de tal criterio como criterio de adjudicación en el anuncio de licitación. No alega que el criterio de lucha contra el desempleo no respete los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación, ni que no se haya publicado en el anuncio de licitación.

54. En estas circunstancias, procede desestimar el motivo de la Comisión basado en el criterio de adjudicación adicional relacionado con la lucha contra el desempleo.”

Así, esta sentencia confirma que el Tribunal de Justicia admite como criterio de adjudicación de los contratos públicos, criterios sociales como son los relativos al empleo, siempre que no sean discriminatorios para los licitadores de otros Estados miembros y siempre que se mencionen obligatoriamente en el anuncio del contrato o en los pliegos (respecto a esta posibilidad de que se mencionen en los pliegos se admite expresamente en el Fundamento 73 de la sentencia).



Por otro lado, también debe recordarse la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002 en el asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy AB contra Helsingin kaupunki:

“54. Para determinar si la entidad adjudicadora puede, con arreglo al mencionado artículo 36, apartado 1, letra a), tomar en consideración criterios de naturaleza ecológica y, en su caso, en qué condiciones, debe observarse, en primer lugar, que, como se desprende claramente del tenor de dicha disposición y, en particular, del uso de la expresión «por ejemplo», los criterios que pueden adoptarse como criterios de adjudicación de un contrato público a la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo (véase también, en este sentido, la sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 35).

55. En segundo lugar, el referido artículo 36, apartado 1, letra a), no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. En efecto, no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora. Esta observación queda también corroborada por el propio tenor literal de esta disposición, que alude expresamente al criterio relativo a las características estéticas de una oferta.

56. Además, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, la coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de contratos

públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías (véase, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 32).

57. Habida cuenta de este objetivo y también del tenor del artículo 130 R, apartado 2, párrafo primero, tercera frase, del Tratado CE, que el Tratado de Amsterdam ha trasladado, modificándolo ligeramente, al artículo 6 CE, y que establece que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad, procede afirmar que el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 no excluye la posibilidad de que la entidad adjudicadora utilice criterios relativos a la conservación del medio ambiente para la apreciación de la oferta económicamente más ventajosa.

En este sentido recordamos como también el propio Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en su artículo 136 (antes artículo 117), contenido dentro de sus disposiciones sociales prevé la adopción de medidas que tengan como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. Señalándose de forma expresa que “a tal fin, la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad.”

58. No obstante, esta afirmación no significa que la mencionada entidad pueda tener en cuenta cualquier criterio de tal naturaleza.

59. En efecto, si bien el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (véase, a este respecto, sobre los contratos públicos de obras, las sentencias antes citadas, Beentjes, apartado 19, Evans Medical y Macfarlan Smith, apartado 42, y SIAC Construction, apartado 36). Como una oferta se refiere necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también relacionados con el objeto del contrato.

60. A este respecto, procede recordar en primer lugar que, como el Tribunal de Justicia ya ha declarado, para determinar la oferta económicamente más ventajosa, la entidad adjudicadora debe, en efecto, poder apreciar las ofertas presentadas y adoptar una decisión sobre la base de criterios cualitativos y cuantitativos que varían en función del contrato de que se trate (véase, en este sentido, sobre los contratos públicos de obras, la sentencia de 28 de marzo de 1985, Comisión/Italia, 274/83, Rec. p. 1077, apartado 25).

61. Además, se desprende también de la jurisprudencia que resultaría incompatible con el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 un criterio de adjudicación que implicase la atribución a la entidad adjudicadora de una libertad incondicional de elección para la adjudicación del contrato a un licitador (véanse, a este respecto, las sen-

tencias antes citadas Beentjes, apartado 26, y SIAC Construction, apartado 37).

62. Seguidamente, debe destacarse que la aplicación de los criterios para determinar la oferta económicamente más ventajosa, debe respetar todas las normas de procedimiento de la Directiva 92/50 y, especialmente, las normas de publicidad que contiene. Se desprende de lo anterior que, con arreglo al artículo 36, apartado 2, de la misma, todos los criterios de este tipo han de mencionarse expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, cuando resulte posible, en orden decreciente de la importancia que se les atribuye, para que los contratistas puedan conocer su existencia y alcance (véanse, en este sentido, en relación con los contratos públicos de obras, las sentencias Beentjes, antes citada, apartados 31 y 36, y de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Francia, C-225/98, Rec. p. I-7445, apartado 51).

63. Por último, tales criterios deben respetar todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (véase, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Beentjes, apartado 29, y Comisión/Francia, apartado 50).

64. De estas consideraciones resulta que, cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, con arreglo al artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, puede tener en cuenta criterios relativos a la conservación del medio ambiente siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha

entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación.”

Como podemos observar, esta sentencia viene más expresamente referida a criterios medioambientales, aunque puede resultar plenamente de aplicación para los criterios sociales en cuanto las condiciones objetivas que impone para que ciertos criterios puedan ser tenidos en cuenta a efectos de la adjudicación de un contrato, resultan también aplicables a dichos criterios sociales.

De conformidad con esta unanimidad jurisprudencial, en la Directiva que nos ocupa también se introduce plenamente y con todos los efectos esta cuestión, recogiendo tanto los criterios sociales como los medioambientales como aptos para ser tenidos en cuenta en la adjudicación del contrato.

En el considerando 1 de la directiva se citan en situación de igualdad tanto los aspectos medioambientales como los sociales; aunque en el 46 parecen citarse los primeros con una mayor amplitud -sólo aparente- en cuanto a su posible utilización. De hecho, ya en el propio artículo (artículo 53.1), la Directiva se refiere más expresamente a los criterios medioambientales, si bien son citados de forma meramente ejemplificativa y nunca excluyente.

Lo que queda confirmado tanto con el considerando 1 como con el 46 (aunque este último con una redacción más confusa) es que los criterios de adjudicación sociales y medioambientales que se prevean de-

berán estar relacionados con el objeto del contrato. Recordamos como la última sentencia de 17 de septiembre de 2002 en el asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy AB contra Helsingin kaupunki, ya lo advertía.

A esos efectos consideramos que la norma nacional de transposición también deberá incluir de forma expresa los criterios de adjudicación sociales y medioambientales (y más cuando están avalados por la propia jurisprudencia tanto nacional como comunitaria), siempre que no sean discriminatorios y siempre que estén relacionados con el objeto del contrato (que es -según hemos comprobado- el requisito últimamente impuesto por esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el que la misma Exposición de Motivos menciona con carácter principal).

b) Referencias concretas en la Directiva a esta medida:

Subraya la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, en el considerando 1 de su Exposición de Motivos:

“(...) 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 los poderes adjudicadores 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 al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2 (entre otros los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia).”

Y continúa el considerando 46:

“La adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Por consiguiente, conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa.

(...)

Quando los poderes adjudicadores opten por adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, deben evaluar las ofertas con vistas a determinar cuál de ellas presenta la mejor relación calidad/precio. Para ello definirán criterios económicos y cualitativos que en su conjunto deben permitir determinar la oferta económicamente más ventajosa para el poder adjudicador. La determinación de esos criterios dependerá del objeto del contrato, de modo que los mismos permitan evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas, así como evaluar la relación calidad/precio de cada oferta.

A fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva. Si se reúnen estas condiciones, determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos, como los que se refieren al cumplimiento de las exigencias medioambientales, podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se defi-

nieron en las especificaciones del contrato. En estas mismas condiciones, 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 a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato”.

Indicándose en el artículo 53.1 de la misma Directiva “criterios de adjudicación del contrato”, encuadrado dentro del Título II “Normas aplicables a los contratos públicos”, capítulo VII “Desarrollo del procedimiento”, Sección III “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 y ejecución;

b) o bien solamente el precio más bajo”.

c) Propuesta concreta de transposición a la normativa nacional:

1. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, y que deberán estar vinculados al objeto del contrato público de que se trate, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, la calidad, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de utilización, el coste de funcionamiento, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega, el plazo de entrega y ejecución, u otros semejantes.

2. También serán tenidos en cuenta, debiendo figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso, criterios objetivos vinculados al objeto del contrato público de que se trate relativos al empleo o a otros aspectos sociales, tales como número o porcentaje de trabajadores con contrato indefinido vinculados a la ejecución del objeto del contrato, número o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla vinculados a la ejecución del objeto del contrato, u otros semejantes.

A estos criterios sociales, en su conjunto, se les atribuirá en todo caso una ponderación no inferior al 15 por 100 ni superior al 30 por 100 del total de baremación.

3. Los criterios a los que se refieren los dos apartados anteriores se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya.”

d) Motivación de esta propuesta de transposición:

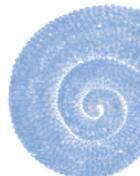


Antes hemos visto como tanto a tenor de la jurisprudencia comunitaria como de la propia normativa y jurisprudencia nacional, pueden ser incluidos criterios de adjudicación que tengan en cuenta aspectos sociales. Por ende, debe dejarse clarificado desde el principio que la verdadera motivación de la inclusión de la presente medida sería que tanto la normativa como la jurisprudencia así lo permite.

E incluso no sólo lo permite, sino que los poderes públicos se ven obligados, como también quedó expuesto en otros momentos de este Informe, a establecer medidas que favorezcan la integración de los minusválidos.

Centrándonos ya en la propuesta efectiva que ha sido realizada, recordamos como la reciente jurisprudencia en la materia (citada de forma específica por el considerando 1 de la Directiva) subrayaba que estos criterios debían estar relacionados con el objeto del contrato (no únicamente los criterios sociales o medioambientales, sino que todos los restantes criterios objetivos también debían estar relacionados o vinculados con el objeto del contrato si atendemos a la redacción del artículo 53.1 de la Directiva): así se indica en la propuesta efectuada.

También expresaba dicha jurisprudencia que estos criterios no debían atribuir al poder adjudicador una libertad incondicional de elección: en la propuesta se limita la baremación por estos criterios a un porcentaje no inferior al 15 ni superior al 30 por 100, lo que de ninguna manera puede entenderse como decisivo en la adjudicación final ni otorga al poder adjudicador ningún tipo de libertad incondicional para dicha adjudicación.



Esta medida obedece, entre otras razones, a que la valoración asignada a estos criterios tenga un carácter complementario de los restantes criterios.

Por otro lado, los criterios deben ser expresados en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación: ya se recuerda en la propuesta que deben estar contenidos en el pliego de condiciones, por ser jurídicamente más correcto, al estar considerado el mismo como ley del contrato.

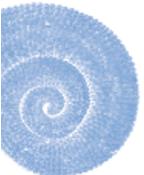
A su vez dichos criterios deben respetar todos los principios fundamentales del derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación: qué duda cabe que toda la normativa debe respetar tales principios y, como es lógico, también el establecimiento de estos criterios. En ese sentido no podrían plantearse criterios tales que favorecieran a las personas con discapacidad de un país sobre otro, etc.

Y, por último, que en realidad es la característica principal, todos los criterios de adjudicación deben ser objetivos. A estos mismos efectos en la misma propuesta se ejemplifican dos criterios que por su propio contenido material, no podría dudarse nunca de su total objetividad.

Es más, los criterios establecidos gozarían de bastante más objetividad que muchos o que casi todos los previstos en el actual artículo 86 TRLCAP, ya que carecen de cualquier tipo de subjetividad, pudiendo ser aplicados de forma matemática, dependiendo del número o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla o número de trabajadores con contrato indefinido, sin requerir de ningún tipo de valoración subjetiva, como sí requieren alguno de los criterios también denominados objetivos que cita el comentado artículo 86 TRLCAP.

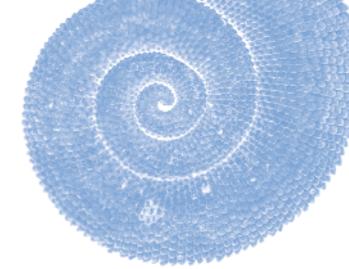
## II. EVACUACIÓN DEL DICTAMEN

---



Recordamos que estos dos criterios serían meramente ejemplificativos, como queda plenamente expuesto con el término “u otros semejantes”.

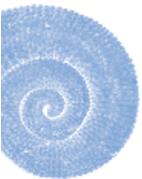
En cuanto a los demás criterios referidos en el apartado 1 de la propuesta, son una unificación de los contenidos tanto en la reciente Directiva que nos ocupa como en el todavía vigente artículo 86 TRLCAP, habiéndose también clarificado en el apartado 3 que todos estos criterios, tanto los del apartado 1 de la propuesta como los del apartado 2, se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya.



## III. Conclusiones

### III. CONCLUSIONES

---



**Primera.-** 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 suministros y de servicios debe ser transpuesta al derecho nacional de los Estados miembros antes del 31 de enero de 2006.

**Segunda.-** En el presente Informe se han procedido a llevar a cabo propuestas concretas de transposición -con su correspondiente motivación- de los aspectos sociales incluidos en la citada Directiva, debiendo por la particularidad de todas ellas remitirnos al grueso de este dictamen para su debido conocimiento.



nº 1

Un Plan de Empleo para las personas con discapacidad en el siglo XXI



nº 2

Discapacidad severa y vida autónoma



nº 3

La discriminación por motivos de discapacidad



nº 4

Turismo Accesible. Hacia un turismo para todos



nº 5

Plan del CERMI para la protección de las familias con personas discapacitadas



nº 6

Plan Estatal de Accesibilidad del CERMI



nº 7

Discapacidad y exclusión social en la Unión Europea



nº 8

Atención educativa a las personas con discapacidad



nº 9

Nueva legislación sobre discapacidad en España



nº 10

Plan integral de salud para las personas con discapacidad



nº 11

La discriminación por razones de discapacidad en la contratación de seguros



nº 12

La protección de las situaciones de dependencia en España



nº 13

Programas activos de empleo para las personas con discapacidad



nº 14

Mejora de la accesibilidad universal a los entornos



nº 15

Ayudas Técnicas y Discapacidad



nº 16

Re-Inventarse, la doble exclusión: vivir siendo homosexual y discapacitado



nº 17

La discapacidad en el ámbito tributario



nº 18

1er Plan Integral de Acción para Mujeres con Discapacidad 2005-2008



nº 19

Por la igualdad, Unidas en la diversidad



nº 20

Plan de Acción del CERMI Estatal en materia de Atención Temprana a Personas con Discapacidad