

La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público

Francisca Villalba Pérez

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- II. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS DISCAPACITADOS.- III. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN SOCIAL.- IV. CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. UN NUEVO ENFOQUE DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA.- V. EVOLUCIÓN DE LOS ASPECTOS SOCIALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.- VI. LA DISCAPACIDAD EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: 1. ASPECTOS GENERALES DE LA LCSP QUE PUEDEN INCIDIR EN LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 2. Aspectos específicos de la LCSP que inciden directamente en el sector de los discapacitados: Prohibiciones para contratar; contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad; contratos reservados; garantías de accesibilidad; reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas; condiciones especiales de ejecución del contrato; y criterios de valoración de las ofertas.

RESUMEN: En los últimos años las Administraciones públicas están adoptando formas de actuación administrativa inéditas hasta ahora para desarrollar acciones positivas en beneficio de grupos sociales vulnerables. Es el caso de la dimensión social que el legislador quiere imprimir a la contratación del sector público con la finalidad de favorecer la inclusión de las personas con discapacidad. La Ley de Contratos del Sector Público además de facilitar la adquisición eficiente de bienes, productos y servicios destinados al sector público, desea iniciar un nuevo recorrido como instrumento de cohesión social.

PALABRAS CLAVES: Contratación del sector público.- Dimensión social e igualdad de derechos.- Discapacidad.- Condiciones especiales de ejecución del contrato.-

ABSTRACT: In the last few years, Public Administrations are adopting hitherto unheard-of administrative procedures in order to develop positive actions for the aid of vulnerable social groups. Such is the case of the social dimension that law is about to introduce in public sector recruitment to favour the inclusion of disabled people. In addition to benefiting the acquisition of goods, products and services for the public sector, the Spanish Law on Public Sector Contracts aims to initiate a new course as a social cohesion instrument.

KEYWORDS: Public sector recruitment.– Social dimension and equal rights. – Disability.– Special conditions in the performance of a contract.–

I. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Desde la aprobación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (en adelante LISMI), que fundamentó su regulación en el artículo 49 de la Constitución¹, y en los instrumentos internacionales en vigor², hasta la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante LIONDAD), basada, no sólo en el artículo 49, sino también en los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución, se han producido cambios sustantivos en el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad³. Uno de ellos, de carácter formal, es el referido a la terminología empleada por el legislador, mientras la LISMI utiliza el concepto de disminuido o minusválido,

¹ Este precepto constitucional encomienda a los poderes públicos el tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de sus derechos. Véase la obra colectiva *Curso sobre protección jurídica de las personas con discapacidad*, Consejo General de la Abogacía Española, Fundación ONCE y CERMI, Madrid, 2006.

² Declaraciones de la Organización de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1971 sobre los derechos del deficiente mental y de 9 de diciembre de 1975 sobre los derechos del minusválido. Véase hoy la Convención 61/106 de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada en diciembre de 2006.

³ La LIONDAD incorpora en el ámbito de la discapacidad a la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOUE 2-12-2000). El incumplimiento del principio de igualdad de trato con los discapacitados es considerado por la Directiva como una clara discriminación.

la LIONDAD incorpora el término discapacidad y discapacitados⁴. Por otra parte, la LISMI encomendaba exclusivamente a los poderes públicos la prestación de los servicios y la distribución de los recursos para que los discapacitados pudieran ejercer sus derechos, en cambio la LIONDAD sin olvidar el papel trascendental que corresponde a las Administraciones públicas, da un mayor protagonismo a la iniciativa privada imponiéndole determinadas cargas⁵ a los empresarios y a los particulares en general⁶.

Otro factor de esta evolución lo podemos encontrar en el hecho de que la LISMI regula los sectores esenciales en la protección de los discapacitados, como la prevención o rehabilitación de las minusvalías, la integración laboral, la movilidad y eliminación de barreras arquitectónicas, y el sistema de prestaciones económicas, a través de medidas de acción positiva⁷. La LIONDAD,

⁴ El concepto de “minusvalía” ha sido definitivamente desterrado del vocabulario jurídico por la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en virtud de la cual las referencias que en los textos normativos se efectúan a los “minusválidos” y a “personas con minusvalía” se entenderán referidas a personas con discapacidad. Probablemente debido a una mayor sensibilidad social y a un mayor conocimiento de las disfunciones físicas o psíquicas que pueden afectar a las personas, se intentan evitar expresiones que puedan ser tomadas con algún matiz discriminatorio.

⁵ La LIONDAD establece un criterio para determinar si las medidas de adecuación del ambiente físico y social a las necesidades específicas de las personas con discapacidad son asumibles por las personas a las que, en cada caso, les corresponda hacerse cargo de ellas. El criterio empleado es el “ajuste razonable” que toma en consideración los costes de la medida y los efectos discriminatorios que puedan suponer para la persona con discapacidad su no adopción. La determinación del concepto de “ajuste razonable”, contemplado en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, determina que la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente por el Estado miembro mediante medidas sobre la discapacidad.

⁶ La LIONDAD modifica el Estatuto de los Trabajadores para incluir un nuevo periodo de excedencia con el objeto de atender a familiares discapacitados o enfermos. Reforma algunos preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal para que las comunidades de propietarios asuman el coste de las obras de accesibilidad en el uso de elementos comunes o la instalación de mecanismos electrónicos que favorezcan la comunicación con el exterior, siempre que dichas obras o instalaciones no superen un coste máximo establecido (tres mensualidades ordinarias de gastos comunes).

⁷ Se entiende por medidas de acción positiva las que tratan de garantizar la igualdad de oportunidades en el punto de partida eliminando los obstáculos. A través de ellas los poderes públicos tratan de remediar la situación de determinados grupos sociales colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, debido a ciertas tradiciones y hábitos arraigados en la sociedad de difícil eliminación. Una medida de acción positiva no establece privilegios a priori sino que orienta programas y políticas al servicio de la comunidad, de las personas y de los colectivos más vulnerables. Véanse sobre este tema la STC 128/1987, de 16 de julio; y las SSTs de 24 de enero de 1997, (Arz. 349) y de 7 de julio de 1997 (Arz. 6313).

partiendo de un modelo distinto considera al discapacitado no como una persona especial, sino como una persona con especial dificultad para satisfacer sus necesidades, por lo que instaura un sistema basado en la igualdad de oportunidades y la no discriminación que incluye tanto medidas de acción positiva como medidas que impidan la discriminación⁸. Para ello, incentiva la aprobación de planes de investigación sobre desarrollo e innovación (I+D+I), incorpora un arbitraje sencillo para resolver las quejas o reclamaciones de los discapacitados en materia de igualdad de oportunidades, prohíbe las conductas discriminatorias, y fomenta los aspectos que puedan aportar una mejor calidad a las personas con discapacidad.

No cabe duda que la LISMI fue una norma innovadora para su época, sin embargo, no ha tenido la aplicación práctica esperada. Ámbitos como la integración laboral de los discapacitados⁹ y la eliminación de las barreras arquitectónicas¹⁰, han tenido menos eficacia de la deseada. Ante esta realidad la LIONDAD ha tenido que incidir de nuevo en algunos de sus aspectos¹¹ por la

⁸ La LIONDAD intenta superar la necesidad de asistencia a los discapacitados por parte de otras personas de su entorno familiar y social, prescindiendo, dentro de lo posible, de esa asistencia. El objeto de la Ley es garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, entendiéndose por igualdad de oportunidades la suma de dos factores: ausencia de discriminación más una acción positiva orientada a eliminar las desventajas de la discapacidad.

⁹ La exposición de motivos de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, sobre el empleo público de discapacitados, afirma que la integración laboral en las distintas Administraciones públicas sigue ofreciendo un panorama desalentador, a pesar del mandato legal explícito y claro de la Ley de la Función Pública, que se sigue incumpliendo. En el sector privado las cosas no han sido diferentes. Para incentivar la contratación de discapacitados en el sector privado se aprobó el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, que regula las subvenciones a empresas que contraten trabajadores minusválidos.

¹⁰ A pesar de que la Ley de arrendamientos urbanos de 1994 incluyó en su artículo 24 la facultad de hacer obras en el interior de la vivienda arrendada para acoplarla a las necesidades del arrendatario discapacitado, o a las de los familiares discapacitados del arrendatario, para completar las medidas establecidas en la LISMI. Y de que la Ley 15/1995, de 30 de mayo, de límites del dominio sobre inmuebles para eliminar las barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, estableció la facultad de adecuar el interior de fincas urbanas no destinadas a viviendas, y los elementos comunes del edificio que sirvan de paso entre la vivienda o local y la vía pública.

¹¹ Recordemos que la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, desarrolla en el ámbito de los discapacitados la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

falta de operatividad e insuficiencia de las medidas adoptadas. Algo similar puede suceder si el incumplimiento de la LIONDAD no se ve acompañado de la sanción jurídica y del rechazo social que merecen¹².

Afortunadamente hoy el ordenamiento jurídico proporciona los instrumentos jurídicos sancionadores de los incumplimientos legales en este ámbito. Uno de estos instrumentos es la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, sobre régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹³. Otro, la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, cuyo texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, regula las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹⁴. El problema está en la forma en que el legislador aborda el contenido de sus proposiciones normativas, dirigidas, en muchas ocasiones, a establecer actuaciones facultativas y voluntariosas más que a imponer verdaderas obligaciones jurídicas¹⁵. De nuevo será el paso del tiempo el que nos permita comprobar progresivamente el grado de eficacia de estas medidas.

Con estos antecedentes normativos, esperamos que las novedades introducidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) sobre determinadas consideraciones de tipo social, entre

¹² No debemos olvidar que la ineficacia, incumplimiento, o simple dejadez en su aplicación, recae sobre derechos fundamentales y necesidades vitales de las personas con discapacidad.

¹³ La Ley 49/2007 tiene por objeto establecer el régimen de infracciones y sanciones para garantizar las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Este régimen será común en todo el territorio nacional y podrá ser desarrollado por el legislador autonómico, sin perjuicio de aquellas otras infracciones y sanciones que pueda establecer en el ejercicio de sus competencias (artículo 1).

¹⁴ La disposición adicional segunda de la Ley 49/2007 remite las infracciones y sanciones que en el orden social puedan imponerse a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de infracciones y sanciones en el orden social.

¹⁵ Como señala T.R.FERNÁNDEZ parece que las garantías realmente eficaces las establece el legislador a regañadientes cuando no hay más remedio y resultan inevitables, en los demás casos, siempre que puede, prefiere utilizar formulaciones potestativas amplias e imprecisas con la finalidad no confesada de atribuir mayor discrecionalidad en su aplicación. Véase "De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley" *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, octubre de 2008, págs. 38 a 45.

otros, en el campo de la discapacidad, aporten la necesaria protección que requiere el ejercicio de sus derechos, y sirvan para sensibilizar a la sociedad de la imperiosa necesidad de contar con una garantía efectiva y eficaz, rechazando todo tipo de conductas que puedan impedir y vulnerar esos derechos¹⁶.

El presente trabajo no pretende agotar el estudio de todas las posibles cláusulas de contenido social que pueden enmarcarse en la contratación del sector público, nuestro objetivo es mucho más modesto, se trata de analizar las posibilidades que brinda el nuevo texto legal para impulsar medidas dirigidas a beneficiar a las personas con discapacidad.

II. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS DISCAPACITADOS

No cabe duda que la discapacidad afecta al correcto ejercicio de algunos derechos constitucionales como el acceso a la educación e información, a los medios de transporte, a la libertad de circulación, el trabajo, la cultura, etc., en los que el Estado tiene competencia para garantizar la igualdad de posiciones jurídicas de los ciudadanos. El artículo 149.1.1º de la Constitución le otorga las facultades normativas para determinar las condiciones básicas de igualdad y no discriminación, garantizando los derechos, deberes y las prestaciones en todo el territorio nacional. Este título competencial habilita al Estado para intervenir en materia de integración social, pero su competencia no alcanza para regular la totalidad del régimen jurídico, en él se entrecruza el marco competencial de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

Las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias exclusivas en materia de asistencia social (artículo 148.1.20º CE) y participan en cuatro ámbitos claves para el sector de las personas con discapacidad: educación¹⁷,

¹⁶ El Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad (CERMI) viene reclamando desde hace años que las medidas normativas aprobadas para la protección y garantía del ejercicio de sus derechos, deberían introducir en su articulado términos imperativos con fuerza de obligar en lugar de utilizar expresiones facultativas cargadas de buenas intenciones pero carentes de resultados prácticos.

¹⁷ A pesar de que el artículo 149.1.30º de la Constitución reserva al Estado la regulación de las normas básicas para el desarrollo de la educación.

empleo¹⁸, sanidad¹⁹ y accesibilidad. En materia de accesibilidad, respetando el marco básico de la LIONDAD y de las normas que fijen las condiciones básicas, corresponde a las Comunidades Autónomas el desarrollo de las medidas con la participación en la ejecución de las Entidades Locales. Esta competencia ha sido asumida de manera exclusiva por las Comunidades Autónomas, siendo la competencia estatal de mera armonización, justificada por la necesidad de exigir una sustancial uniformidad en las condiciones básicas de vida de las personas discapacitadas (artículo 149.1.1º CE), o bien amparada en otros títulos competenciales que inciden de manera indirecta en algunas cuestiones relativas a la accesibilidad (artículo 149.1.8º CE)²⁰. También pueden las Comunidades Autónomas asumir competencias para legislar en materia de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas a través de la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (artículo 148.1.3º CE).

En cuanto a las competencias sobre contratación pública, el artículo 149.1.18º de la Constitución, atribuye al Estado la legislación básica sobre contratos administrativos. Este título competencial se encuentra desarrollado hoy a través de la LCSP, cuyas disposiciones normativas básicas son de obligada aplicación para todas las Administraciones públicas y organismos y entidades dependientes de ellas. La disposición final 7ª LCSP especifica los preceptos que no tienen carácter básico. En materia de integración social de los discapacitados, los artículos 49.1 apartado c y 49.2 apartado e, 101, 102, 134, y las disposiciones adicionales sexta, séptima y vigésimo primera tienen carácter básico. Para los contratos privados que celebren las Administraciones públicas y sus organismos y entidades dependientes, los artículos 149.1.6º y 8º CE atri-

¹⁸ Con independencia de que el Estado tenga atribuida toda la legislación laboral (artículo 149.1.7º de la Constitución).

¹⁹ El Estado tiene competencia sobre las bases y la coordinación general de la sanidad (artículo 149.1.16º de la Constitución) y la legislación básica de la Seguridad Social, reservando la ejecución de sus servicios a las Comunidades Autónomas (artículo 149.1.17º de la Constitución).

²⁰ En aplicación de estos títulos competenciales, el Estado ha aprobado distintas normas que incide de manera decisiva en la mejora de la accesibilidad y en la supresión de barreras arquitectónicas: Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, reformada por Ley 8/1999, de 6 de abril; Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos; Ley 15/1995, de 30 de mayo, por la que se establecen límites al dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas; y el Real Decreto 559/1989, de 19 de mayo, de medidas mínimas sobre accesibilidad en los edificios.

buyen también al Estado la legislación mercantil y civil, así como las bases de las obligaciones contractuales. La regulación de los contratos privados del sector público se encuentra también incluida en la LCSP (artículos 20 y 21).

III. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN SOCIAL

Nadie duda de que el bienestar y la cohesión de una sociedad dependen, entre otros factores, de las tasas de ocupación y de empleo²¹. Nuestra Constitución configura al Estado español como “social y democrático de Derecho”, y le imprime una actitud activa y enérgica frente a los problemas sociales²². Este mandato constitucional viene a recaer sobre las Administraciones públicas como ejecutoras directas de la acción social pública. Casi todos los países de la Unión Europea otorgan a la Administración pública un rol dinámico en la lucha contra la exclusión social²³, atribuyéndole los instrumentos jurídicos ne-

²¹ El empleo es un factor clave en la conformación de la personalidad. De él depende, en muchos casos, la confianza y seguridad personal, elimina la dependencia económica, proporciona recursos profesionales y permite establecer vínculos sociales de derechos y deberes con la sociedad. Los procesos de marginación y desarraigo social están íntimamente ligados a la existencia de altas tasas de desempleo. La relación entre paro laboral e incremento de actividad antisocial es un factor unánimemente reconocido. En Estados Unidos, las estadísticas ponen de manifiesto que un incremento de un 1% en el volumen de desempleo, se traduce en un crecimiento del 6,7% en los homicidios, en un 3,4% en los crímenes violentos y en un 2,4% en los delitos contra la propiedad. La ocupación y la lucha contra la exclusión social, son un bien en sí mismo.

²² Es el mismo texto constitucional el que encomienda a los poderes públicos la adopción de medidas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos” (artículo 49 de la Constitución). En la misma dirección el artículo 40 CE prescribe la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico, destacando que realizarán una actividad orientada al pleno empleo.

²³ Un ejemplo lo encontramos en la propuesta formulada en el año 1997 por el Gobierno francés, a iniciativa del Ministerio de Empleo y Solidaridad, de explorar nuevas iniciativas destinadas a atender necesidades sociales emergentes mediante la creación de “empleos atípicos” calificados como cuarto sector. *El Informe del Comité de Sabios de marzo de 1996, por una Europa de los derechos cívicos y sociales*, declara que “si Europa rechaza simultáneamente el agravamiento de las desigualdades y la marginación social, y la generalización de medidas de asistencia social pasiva destinadas a las personas en situación de exclusión social, deberá hacer un esfuerzo considerable de in-

cesarios y adecuados para ello²⁴. Ahora bien, no siempre estos instrumentos han estado al servicio de una verdadera integración social. Un ejemplo lo encontramos en la configuración legal de la contratación pública, orientada exclusivamente a garantizar un proceso de licitación que respete los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, sin coadyuvar a la consecución de objetivos y fines sociales. La conveniencia de abordar la contratación pública desde una posición de mayor alcance que la meramente garantista es una exigencia del “Estado social”, que no sólo ha de atribuir y garantizar los derechos subjetivos de los ciudadanos (posición tradicional del Estado de Derecho), sino colocarse en posiciones activas e innovadoras para hacer frente a los déficits sociales²⁵.

Hasta ahora la normativa sobre contratación pública en España ha obedecido a un objetivo de tipo económico: garantizar la igualdad de concurrencia de los licitadores. Directriz que encuentra su origen en las disposiciones normativas del siglo XIX, cuya preocupación fundamental era garantizar que el Estado gestionara con objetividad sus pocos cometidos²⁶. Pero en la actualidad, aunque el cumplimiento efectivo de estos principios sigue siendo un objetivo noble, deseado y necesario, nada impide para que el marco normativo de la contratación pública contemple junto a él el cumplimiento de otros objetivos de tipo social. A través de los distintos procedimientos contractuales los

novación, de organización y de movilización para construir un sistema de desarrollo donde todo el mundo tenga su lugar. Para ello será necesario desarrollar una concepción activa de la ciudadanía donde cada cual acepte tener obligaciones hacia los demás, renovando profundamente las políticas públicas sociales, que deben prevenir tanto como curar, e incitar al esfuerzo más que asistir”.

²⁴ El sector público, además de regular el mercado y fomentar la competencia, es un gran consumidor y partícipe activo de este mercado al mover en él grandes sumas de recursos económicos. En la Unión Europea las Administraciones públicas dedican un alto porcentaje del PIB a la adquisición de bienes y servicios. Hecho que les confiere un poderoso instrumento, el de la contratación pública, capaz de influir en el mercado para orientarlo hacia un concepto de “justicia social” cada vez mayor.

²⁵ La constitucionalización del Estado social de Derecho conlleva que la Administración no pueda permanecer neutral, limitándose a defender la libertad y propiedad individuales al más puro estilo liberal, sino que debe implicarse en proporcionar un orden social justo capaz de garantizar un nivel mínimo de calidad de vida. PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ BLANCO y ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 606.

²⁶ Imperativo moral aceptado como tal y regulado por la ley en el mundo occidental desde el siglo XIX.

poderes adjudicadores pueden promover medidas que permitan una mayor integración, incorporando preocupaciones de tipo social en la celebración de sus contratos públicos²⁷.

El *Libro Verde sobre contratación pública en la Unión Europea*, proclamaba ya en 1996 la conveniencia de contemplar la contratación pública no tan solo como un proceso de garantías sino como un instrumento de política social²⁸. La utilización de la contratación pública con finalidades de tipo social, aunque a corto plazo pueda parecer una medida poco eficiente al obligar a integrar en las empresas a personas con, quizás, menor cualificación o experiencia profesional²⁹, a largo plazo acaba siendo muy beneficiosa para los intereses generales de toda la sociedad, al favorecer la convivencia y la cohesión social, evitar la exclusión y la inactividad de ciertos colectivos desfavorecidos, y ahorrar al sector público prestaciones sociales como los subsidios de desempleo y la atención de los servicios sociales. Ahora bien, no debemos olvidar que estos fines deben integrarse en el entramado jurídico en el que se insertan respetando el acervo constitucional, legal y jurisprudencial sobre contratación pública³⁰.

Pues, podría argumentarse con cierto rigor jurídico que esta aspiración social, en algunos casos, podría colisionar con derechos preferentes derivados

²⁷ Hasta ahora la normativa de contratación pública se ha basado fundamentalmente en el establecimiento de unos criterios objetivos (condiciones técnicas y precio) y en la salvaguarda de unos principios (publicidad y concurrencia), mientras ha obviado otros criterios objetivos (composición de la plantilla de la empresa contratista, estabilidad laboral, remuneración del personal) y no ha tomado en cuenta principios de carácter social.

²⁸ *Libro Verde sobre la contratación pública en Europa: reflexiones sobre el futuro*. Comunicación adoptada por la Comisión Europea el 27 de noviembre de 1996, COM (96)583 final. En él se incorpora un epígrafe que desarrolla los "aspectos sociales de la contratación pública" (epígrafe 5.5 del capítulo 5º).

²⁹ Las cláusulas sociales se enfrentan en la actualidad a múltiples dificultades: el modelo económico vigente cuestiona su utilidad argumentando que pueden ser más caras que una ayuda pública directa; se les acusa de falta de transparencia al no calcularse previamente su coste, al contrario que el de las ayudas públicas, e incluso se pone en duda su equidad al favorecer a ciertos sectores o empresas en detrimento de otras menos necesitadas.

³⁰ Los contratos públicos tienen que seguir proporcionando a la Administración, a un precio razonable, las prestaciones necesarias para la sociedad. Por tanto, la utilización de finalidades sociales sólo resultará admisible en la medida que no pongan en peligro la finalidad fundamental del contrato.

del principio de igualdad de los licitadores, considerado como derecho fundamental y protegido por el artículo 14 de la Constitución, frente a los principios rectores de la política social regulados con menor garantía y protección en el capítulo III del mismo texto constitucional. La solución a este hipotético o posible conflicto vendrá por la incorporación en la legislación de contratos públicos de condiciones especiales de ejecución que fomente una acción social positiva³¹ puesta al servicio de la promoción de sectores especialmente desfavorecidos y de colectivos de difícil inserción laboral³². La STJCE *Gebroeders Beentjes/Países Bajos*, de 20 de septiembre de 1988, acogió expresamente el hecho de que los Estados miembros pudieran incorporar en sus procedimientos de licitación, como criterios objetivos, elementos de sus políticas sociales, siempre y cuando respeten el Tratado CE y las disposiciones de las directivas sobre contratos públicos³³. Este pronunciamiento jurisprudencial dejó la puerta abierta para estimar como válidas las cláusulas sociales incluidas en los anuncios de licitación que persigan objetivos de integración social, combatir el desempleo, fomentar la formación profesional, favorecer la sanidad y la seguridad social, o suprimir la discriminación por razón de raza, sexo o religión³⁴.

³¹ Se conoce como “discriminación positiva” a aquellas medidas dirigidas a un grupo determinado que pretenden suprimir o prevenir una discriminación o compensar las desventajas resultantes de actitudes, comportamientos y estructuras existentes, aunque ello suponga una ventaja respecto a otro grupo social. La cuestión estriba en dilucidar si esta ventaja supone una discriminación para otro grupo social o para personas concretas y si existiendo esa ventaja es o no legal. La “acción positiva” trata de garantizar la igualdad de oportunidades en el punto de partida eliminando los obstáculos, mientras que la discriminación positiva afecta al punto de llegada y persigue garantizar un resultado concreto. Así la discriminación positiva se encamina a privilegiar a los integrantes de un grupo desfavorecido y al hacerlo perjudica a otras personas, lo que no ocurre con las medidas de acción positiva. Véase LESMES ZABALEGUI S., “contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado laboral”, *Lan Harremanak*, número 13, 2005, pág. 59.

³² En términos generales, el artículo 9.2 de la Constitución ordena a los poderes públicos a que realicen para todos los ciudadanos una acción positiva dirigida a promover la efectividad de los derechos que reconoce la Constitución. Este precepto da cobertura a las acciones públicas positivas dirigidas específicamente a ayudar a los individuos que tienen mayores dificultades en el disfrute de estos derechos.

³³ En la Sentencia se le plantea al Tribunal de Justicia de la Comunidad la licitud de la inclusión de una condición para la adjudicación de un contrato de obra pública, con arreglo al cual se exigía a la empresa constructora la contratación de un determinado número de trabajadores en paro prolongado e inscritos en una oficina regional de empleo.

³⁴ Véanse sobre este tema la *Comunicación de la Comisión sobre los aspectos sociales y regionales de los contratos públicos de 22 de septiembre de 1989* (COM 89, 400 final). La *Comunicación interpretativa de la*

Este modelo de intervención administrativa que prima la incorporación laboral de personas desfavorecidas, establece un nuevo marco en las relaciones jurídicas de la Administración alejado de la tradicional colaboración pasiva mediante subvenciones o ayudas asistenciales, y genera un mercado para dignificar la vida de las personas con mayores dificultades de inserción laboral. Las medidas administrativas de carácter social no pueden ser entendidas hoy como de “segundo orden” frente a consideraciones de mayor calado político, económico o jurídico. La acción administrativa de integración social ha de entrelazarse con el resto de instituciones e instrumentos jurídicos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de la Administración pública³⁵.

La inclusión de aspectos sociales en la contratación pública puede ser un mecanismo eficaz para luchar contra la exclusión social de las personas con discapacidad, cuyas tasas de desempleo en España son muy superiores a las de la media europea. Para ello la normativa contractual pública deberá establecer unos criterios claros y precisos que aseguren el cumplimiento real y efectivo de la actual legislación social³⁶, posibilitando una integración duradera y estable de estas personas al mundo laboral. Se trata de utilizar la contratación pública y la ingente cantidad de recursos que genera como un instrumento de

Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales de 15 de octubre de 2001 (COM, 2001, 566 final). Así como las Sentencias del TJCE Contse, Asunto C-234/03, de 27 de octubre de 2005, y Comisión/Francia, Asunto C-225/98, de 26 de septiembre de 2000, sobre los criterios de valoración.

³⁵ Posibilitando el cumplimiento de la legislación vigente sobre discapacidad, sobre todo, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención las personas en situación de dependencia; El Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, que determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003; el Real Decreto 1468/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad; y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, sobre régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

³⁶ Véase el Real Decreto Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea el Fondo Estatal de Inversión Local con la finalidad de reactivar la economía y crear empleo. Este fondo tiene por objeto aumentar la inversión pública mediante la financiación de contratos de obras de ejecución inmediata en el ámbito local para rebajar las altas tasas de desempleo de nuestro país.

política social para perseguir finalidades que van más allá de la obtención de determinadas prestaciones³⁷.

IV. CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. UN NUEVO ENFOQUE DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

Una cláusula contractual supone el establecimiento de un acuerdo, pacto o una condición que regirá el contenido del contrato. En la acepción que nos ocupa, cláusulas sociales, suponen la inclusión de ciertos criterios en los procedimientos de contratación pública en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social. Es la utilización por la Administración o entidad contratante de criterios de naturaleza no económica, ajenos a las prestaciones contractuales a la hora de seleccionar al contratista. Las cláusulas sociales en la contratación pública materializan las obligaciones que la Constitución impone a los poderes públicos en un Estado social, y sus beneficios no deben medirse exclusivamente por los objetivos conseguidos en este ámbito, sino que sus ventajas deberán ser evaluadas también en términos económicos. Aunque con ellas se suele priorizar la rentabilidad social, está demostrada su perfecta compatibilidad con la rentabilidad económica³⁸.

³⁷ En los últimos años sorprende la amplitud y la diversidad de actividades que la Administración pública se ve obligada a realizar, sin que, en muchos casos, cuenten con el encaje jurídico que le proporciona la dogmática del Derecho Administrativo a través de la trilogía tradicional de las formas de actuación administrativa: limitación, prestación y fomento. Un ejemplo de ello lo podemos ver en el papel asignado a la Administración en la lucha contra la violencia de género, la protección de datos, la gestión de la información, las políticas de igualdad, etc. Sobre este interesante tema de actualización y revisión de algunas instituciones jurídico-administrativas pueden verse los trabajos de SCHMIDT-ASSMAN E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción*, Marcial Pons, Madrid, 2003; BARNÉS J., *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Derecho Global, Sevilla, 2006; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J.M^a., *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

³⁸ La Fundación Olor Palme de Estocolmo y la Fundación Engrunes de Barcelona, analizaron la diferencia económica entre el coste total de los recursos que a una persona en situación de exclusión social se destinan por encontrarse desempleada, y el ingreso que esa misma persona integrada laboralmente aporta a las arcas públicas. El coste para la Administración en el primer caso supone en torno a 25.000 euros, y en el segundo, los ingresos por IVA, IRPF y Seguridad Social entre 5.500 o 6.000 euros. En consecuencia, cada empleo de inserción generado supone una disminución de costes y un beneficio por importe aproximado de 17.000 o 18.000 euros. Datos tomados de SUSO ARAICO A., "Las cláusulas sociales: ¿Es otra política posible?", Foro Europeo de Democracia y Desarrollo, www.elecan.net Un estudio de la Federación Española de Empresas de Inserción (FEDEI) realizado en el año 2005 sobre "Identificación y diagnóstico integral de las em-

Estas cláusulas pueden incorporarse al contrato público como requisito previo para participar en la licitación (criterio de admisión)³⁹; como elemento de valoración a la hora de adjudicar el contrato (criterios de adjudicación o selección)⁴⁰ o como obligación a realizar en la ejecución del contrato (condiciones especiales de ejecución)⁴¹. Son muchos los aspectos sociales que pue-

presas de inserción en España”, concluye que los flujos económicos generados por trabajadores (ingresos e impuestos de las empresas de inserción) y el ahorro consiguiente por trabajador de inserción (menor coste social por persona y año) suponen en su conjunto un beneficio económico estimado anual de 15.508 euros por persona incorporada laboralmente (Véase LESMES ZABALEGUI S., “Cláusulas sociales, contratación pública e inserción sociolaboral de personas en situación desfavorecida”, Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, Vitoria, www.equal.net).

³⁹ Se trataría de incorporar un requisito o exigencia previa para participar en la licitación que limita la admisión para aquellas empresas que no lo cumplan. La capacidad técnica suele ser un requisito *sine qua non* para participar en una licitación pública, las prohibiciones para contratar también. El artículo 49.2 e) LCSP especifica que haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos como infracción grave, impide a las empresas contratar con las Administraciones públicas. La Comunicación interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001 establece literalmente que si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos. Ahora bien, su validez dependerá de que se hayan establecido expresamente dichas obligaciones y guarden relación y proporcionalidad con el objeto y la ejecución del contrato, lo que deberá estar justificado en el expediente.

⁴⁰ Una vez efectuada la selección de candidatos o licitadores, los poderes adjudicadores deberán evaluar las ofertas presentadas con la finalidad de adjudicar el contrato. La valoración de las ofertas de los contratistas forma parte del momento central de la decisión para adjudicar un contrato, por lo que debe ser objeto de especial atención para el legislador. El artículo 134 LCSP determina que deberán valorarse los criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como el precio, la calidad, el plazo de ejecución, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se desarrollarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. (El subrayado es mío).

⁴¹ Este tercer criterio supone una exigencia de obligado cumplimiento para el contratista en la fase de ejecución del contrato con independencia de la empresa adjudicataria. La Comunicación interpretativa de la Comisión de 2001 establece que en la fase de ejecución del contrato es cuando los poderes adjudicadores pueden fomentar la consecución de objetivos sociales y cuando pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales que sean com-

den incorporarse a la contratación pública: seguridad y salud laboral, estabilidad en el empleo, protección medioambiental, promoción de empleo para personas en situación de exclusión social o de personas con discapacidad, etc.

Los objetivos que suelen perseguirse a través de las cláusulas sociales son también diversos:

- a) Transformar medidas administrativas de carácter asistencial y pasivas por otras productivas y activas;
- b) Avanzar hacia una corresponsabilidad social entre Administraciones públicas, agentes sociales y el sector económico privado, involucrando a este último sector en la protección de derechos fundamentales;
- c) Facilitar la sostenibilidad⁴² de las medidas de inserción laboral persiguiendo la obtención concreta de resultados y procurando la efectividad de otras acciones que actúan sobre la discriminación en el origen.

Su inclusión en el contrato supone la aceptación incondicional de su contenido por el contratista, una vez realizada su oferta o proposición⁴³.

patibles con el Derecho comunitario. Estas cláusulas pueden tener por objeto contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional. El artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE, relativo a las condiciones de ejecución del contrato, indica que los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones particulares. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse a consideraciones de tipo social y medioambiental. El contenido de este precepto ha sido recogido por el artículo 102 de la LCSP.

⁴² La Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre *la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, de 15 de octubre de 2001, concreta que el concepto de “desarrollo sostenible” integra y combina un crecimiento económico, el progreso social y el respeto al medio ambiente.

⁴³ No debemos olvidar que las cláusulas sociales han de estar relacionadas con el objeto del contrato; han de incluirse ineludiblemente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares; han de expresar de forma clara y precisa el papel que van a jugar en el procedimiento contractual, es decir, si se incluyen como criterio de admisión, de valoración o adjudicación, o como obligación en la fase de ejecución; cuál será su porcentaje de valoración; los medios de prueba que pueden aportarse; deben publicarse y ponerse a disposición de los licitadores; ser compatibles con el Derecho comunitario; y no imponer dificultades desproporcionadas a la libertad de prestación de servicios.

La utilización de las cláusulas sociales en el ámbito de la discapacidad puede facilitar la inserción sociolaboral de un colectivo especialmente vulnerable de nuestra sociedad, y contribuir así a implantar una nueva línea de intervención administrativa activa para conseguir un desarrollo económico y social sostenible⁴⁴. Suponen un paso más en el cambio de concepción de las intervenciones públicas frente a la lógica asistencial que ha imperado tradicionalmente en la lucha contra la exclusión social⁴⁵. La nueva línea busca fomentar la igualdad de oportunidades y la corresponsabilidad social entre el sector público y el privado⁴⁶. Hoy el tratamiento legal de la discapacidad fija como objetivo fundamental potenciar la autonomía e independencia personal, el planteamiento pasa de lo individual a lo colectivo. La premisa a considerar ya no es la discapacidad en sí misma sino la desventaja que esa situación comporta en el ámbito social en el que la persona se integra. Por ello, la generación de oportunidades de empleo se ha revelado como la herramienta más eficaz en la lucha contra la exclusión social, al ser el elemento de integración social por excelencia y el que da acceso al ejercicio de una verdadera ciudadanía⁴⁷.

⁴⁴ En los últimos años sorprende la amplitud y la diversidad de actividades que la Administración pública se ve obligada a realizar, sin que, en muchos casos, cuenten con el encaje jurídico que le proporciona la dogmática del Derecho Administrativo a través de la trilogía tradicional de las formas de actuación administrativa: limitación, prestación y fomento. Un ejemplo de ello lo podemos ver en el papel asignado a la Administración en la lucha contra la violencia de género, la protección de datos, la gestión de la información, las políticas de igualdad, etc. Sobre este interesante tema de actualización y revisión de algunas instituciones jurídico-administrativas pueden verse los trabajos de SCHMIDT-ASSMAN E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción*, Marcial Pons, Madrid, 2003; BARNÉS J., *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Derecho Global, Sevilla, 2006; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J.M.^a, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

⁴⁵ Tradicionalmente la responsabilidad de trabajar en el ámbito de la exclusión social ha recaído sobre los servicios sociales y sobre las entidades de acción social.

⁴⁶ La implantación de cláusulas sociales en la contratación pública implica a diversos agentes sociales: a las entidades sociales de inserción laboral, las entidades de economía social, las empresas privadas, y a la Administración, pero no sólo en el ámbito de su acción social, sino en otras áreas administrativas como las infraestructuras, el medioambiente y el desarrollo económico.

⁴⁷ El empleo es un factor clave en la conformación de la personalidad. De él depende, en muchos casos, la confianza y seguridad personal, elimina la dependencia económica, proporciona recursos profesionales y nos permite establecer vínculos sociales de derechos y deberes con la sociedad.

Esta nueva línea de actuación administrativa aporta una colaboración poco explorada entre la Administración y las entidades de economía social⁴⁸, y rompe la tradicional relación de dependencia que genera la actividad administrativa de fomento (ayudas públicas, subvenciones) de la que han subsistido hasta ahora buena parte de estas entidades de acción social⁴⁹. Se trata de que las intervenciones públicas asuman responsabilidades sociales con independencia del ámbito en el que se produzcan, propugnando de modo transversal⁵⁰ la consecución de objetivos sociales. El cambio de perspectiva que se vislumbra va a suponer la consecución de beneficios sociales a través de actuaciones administrativas no estrictamente sociales.

V. EVOLUCIÓN DE LOS ASPECTOS SOCIALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Los aspectos sociales de la contratación pública no deben confundirse con la utilización por parte de la Administración del contrato público para lle-

⁴⁸ Cooperativas, mutuas, sociedades laborales, fundaciones, asociaciones de utilidad pública, centros especiales de empleo, empresas de inserción social. En el mundo empresarial el término “economía social” se empezó a utilizar a partir de los años setenta y es considerado como un tercer sector económico intermedio entre el sector público y el sector privado capitalista. El motivo que legitima la colaboración entre la Administración y las entidades de economía social es la confluencia de objetivos e intereses comunes: promoción e inserción laboral de colectivos en dificultad. Las entidades de economía social se ubican dentro del sector privado de las empresas, aunque poseen como característica principal el que la actividad económica-productiva que realizan se fundamenta en una serie de normas de organización específicas de solidaridad y participación entre sus miembros, sean productores, usuarios, o consumidores (Comisión de las Comunidades Europeas, 1989). Véase CANO LÓPEZ A., “El Derecho de la economía social: entre la Constitución y el mercado”, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 18, 2007; BATALLER GRAU J., *Las entidades de economía social en un entorno globalizado*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

⁴⁹ Hasta ahora la vía tradicional de colaboración se ha venido estableciendo mediante programas subvencionados, conciertos o ayudas públicas específicas. La alternativa para abrir un mercado que garantice la subsistencia de las entidades de economía social, se sitúa ahora del lado de la firma de convenios de colaboración con la Administración y fundamentalmente a través de la contratación pública. Esta nueva vía supone una clara apuesta por reforzar el papel de las entidades de economía social como generadoras no sólo de empleo sino de capital social y desarrollo socio-económico sostenible.

⁵⁰ La transversalidad de las medidas que imponen las Leyes 51/2003 y 53/2003 supone la necesidad de mejorar las condiciones de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de su vida, mediante el establecimiento de medidas específicas que permitan una auténtica inserción social y laboral.

var a cabo las actividades sociales que tiene encomendadas (construcción de un hospital para discapacitados o supresión de barreras arquitectónicas)⁵¹, donde la prestación del contratista no tiene nada de social ni afecta a la estructura tradicional del contrato, que seguirá siendo un intercambio patrimonial con consideraciones puramente económicas. De lo que se trata es de utilizar la contratación como un instrumento de política social para conseguir, además de las prestaciones necesarias para la sociedad, otras finalidades específicas de tipo social.

Las directivas europeas sobre contratación pública de 1992 y 1993 no contemplaban expresamente la posibilidad de que los Estados miembros persiguieran objetivos sociales con motivo de la celebración de un contrato público⁵², lo que planteó ciertas dudas sobre su incorporación a la práctica contractual. Esta incertidumbre influyó para que la Comisión redactara una Comunicación interpretativa sobre contratos públicos en el año 1998⁵³.

Anterior en el tiempo fue el pronunciamiento del TJCE en la *Sentencia Benjies*, de 20 de septiembre de 1988 (Asunto 31/87) en la que el Tribunal afirma que una cláusula social introducida como criterio de admisión de las ofertas no será contraria al Derecho comunitario si no es discriminatoria y ha sido anunciada previamente en la convocatoria del contrato, a pesar de que las directivas, entonces en vigor, no recogían de forma expresa esta posibilidad. El Libro Verde sobre contratación pública en la Unión Europea de 1996, reconoció la posibilidad de los Estados de contemplar objetivos de política social en su contratación pública y el Comité Económico y Social de la Unión Euro-

⁵¹ Las cláusulas sociales incorporadas a los contratos públicos deben distinguirse de los contratos celebrados con finalidades sociales, como por ejemplo la ejecución de obra para un hospital, o de la utilización de criterios sociales en la definición del objeto del contrato, como la eliminación de barreras arquitectónicas en los nuevos edificios públicos.

⁵² Las únicas disposiciones que se referían expresamente a aspectos de carácter social figuraban en los artículos 23 de la Directiva 93/37/CEE, 28 de la Directiva 92/50/CEE, y 29 de la Directiva 93/38/CEE. Por otra parte, el artículo 9 de la Directiva 93/37/CEE contenía un procedimiento especial de adjudicación con vistas a la construcción de viviendas sociales. Hasta el año 2004, las directivas de contratación ni prohibían ni autorizaban expresamente a los Estados miembros la inclusión de objetivos sociales en su contratación pública, por lo que disfrutaban de cierta discrecionalidad, siempre que respetaran las disposiciones de las directivas, y los límites del Tratado.

⁵³ Comunicación de la Comisión sobre los contratos públicos en la Unión Europea de 11 de marzo de 1998, COM (98) 143.

pea indicó en 1999 que teniendo en cuenta las prioridades comunitarias, especialmente en materia social, las autoridades públicas adjudicadoras podrán integrar estas preocupaciones en los contratos públicos que celebren⁵⁴.

El Tratado de Ámsterdam de 1997 consagró la eliminación de las desigualdades y la promoción de la igualdad de oportunidades en todas las actividades de la Unión Europea como una de sus prioridades, estableciendo el artículo 13 la necesidad de combatir cualquier tipo de discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, de religión o convicciones, de discapacidad, edad o de orientación sexual. La Resolución del Consejo Europeo de 22 de febrero de 1999 sobre “Directrices de Empleo” reiteró que la Unión Europea prestará especial atención a las necesidades de las personas con minusvalías, las minorías étnicas y otros grupos de personas que puedan verse desfavorecidos, y elaborará medidas preventivas y activas que faciliten su integración en el mercado de trabajo. Un reflejo de este interés es la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁵⁵. Por su parte, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza, reafirmó el objetivo de la UE de integrar plenamente los derechos fundamentales en todas sus medidas⁵⁶. Y por último, el Tratado de Lisboa de 2007, enfatiza la lucha contra la exclusión social y la discriminación (artículos 2 y 5).

Un paso más supuso la aportación de la STJCE de 26 de septiembre de 2000, que admite la utilización de una cláusula social como criterio de valoración de las ofertas siempre que, como ya había adelantado la STJCE *Beentjes*, no sea discriminatoria y se anuncie previamente⁵⁷. Posteriormente, la Senten-

⁵⁴ Dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea sobre contratación pública de 29 de mayo de 1997.

⁵⁵ En ella se menciona en los considerandos y en el articulado a la discriminación por discapacidad como causa de incumplimiento del principio de igualdad. En el año 2003 (año internacional de la discapacidad) el Consejo Europeo aprobó la Resolución de 15 de julio sobre fomento del empleo y de la inclusión social de las personas con discapacidad (DO C 175/1, de 24 de julio de 2003).

⁵⁶ Véase la Comunicación de la Comisión de 18 de julio de 2001, *Promover las normas fundamentales de trabajo y mejorar la gobernanza social en el contexto de la mundialización*, COM (2001) 416.

⁵⁷ Asunto C-225/98, Comisión/Francia. Se trata de un recurso por incumplimiento relativo a una disposición francesa que permitía que en la adjudicación de los contratos se respetaran ade-

cia del TJCE de 17 de septiembre de 2002, acotó la admisión de criterios sociales al establecer que éstos deben estar relacionados con el objeto del contrato⁵⁸. Esta exigencia procede de la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 2001 sobre la posibilidad de integrar aspectos sociales en los contratos públicos, donde se especifica que no pueden tenerse en cuenta como criterios para la adjudicación del contrato (ni como requisitos de admisión ni de valoración de las ofertas), los factores que no afecten a su objeto, que es lo que sucede casi siempre con los criterios sociales⁵⁹.

La primera norma que en el ámbito contractual de la Unión Europea introduce y regula expresamente las cláusulas sociales es la Directiva 18/2004/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios, que intenta solucionar el debate surgido entre la Comunicación interpretativa de la Comisión de 2001 y la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Comunidad. La Directiva permite reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, o reservar su ejecución, a talleres protegidos 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 (artículo 19)⁶⁰.

más de los criterios puramente económicos, uno adicional relativo al empleo. Es interesante destacar que esta sentencia es la primera que admite la cláusula social como criterio de selección, es decir, como un elemento integrante en la valoración de las ofertas.

⁵⁸ Esta Sentencia aceptó la cláusula social porque se trataba de un contrato de servicio de transporte urbano y consistía en favorecer a los licitadores que ofrecieran prestar el servicio con vehículos menos contaminantes, lo que tenía relación directa con el objeto contractual. Sobre los criterios de selección y de adjudicación pueden verse también la STJCE de 24 de enero de 2008, Asunto C-532/06, Consejo Municipal de Alexandroupolis, y la de 4 de diciembre de 2003, Asunto C-448/01.

⁵⁹ Argumenta la Comisión en la Comunicación Interpretativa de 2001 que las cláusulas sociales no relacionadas con el objeto del contrato no pueden convertirse en criterio de adjudicación por ser incompatible con el criterio de la oferta económicamente más ventajosa. Por lo que deberían protegerse por otras vías, como es reservando la ejecución de ciertos contratos a los llamados "talleres protegidos" y utilizando las condiciones de ejecución que imponen al adjudicatario del contrato el respeto de las citadas cláusulas.

⁶⁰ Se pretende con ello dar cobertura a la creación de talleres especialmente adaptados para que puedan trabajar personas con discapacidad.

Sin embargo, su regulación no facilita a los Estados miembros la utilización de las prohibiciones para contratar como una forma adicional de control sobre el cumplimiento de las normas sociales, al configurar sólo como causa de exclusión de los procedimientos de adjudicación el incumplimiento de normas profesionales⁶¹. Tampoco permite incorporar cláusulas sociales como requisitos de capacidad técnica y profesional (criterios de admisión), en la medida que debe estar vinculada al objeto del contrato. En cuanto a los criterios de adjudicación⁶², no regulados en el articulado de la Directiva pero sí mencionados en el preámbulo, se establecen las siguientes consideraciones: a) deben estar vinculados al objeto del contrato; b) no otorgar una libertad de elección ilimitada al poder adjudicador; c) haber sido expresamente mencionados; y d) respetar los principios fundamentales enumerados en el considerando segundo de la Directiva⁶³.

En la fase de ejecución del contrato es donde admite la Directiva las consideraciones sociales, expresando con claridad el artículo 26 que los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en la ejecución del contrato siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Aquí no exige la Directiva que la cláusula social esté relacionada con el objeto del contrato. En consecuencia, la Directiva considera a los aspectos sociales de la contratación, no como un factor determinante para la elección de una determinada oferta, sino como una carga que se impone al adjudicatario en la fase de ejecución del contrato. La introducción de condiciones especiales de ejecución tiene va-

⁶¹ Sin embargo, el artículo 45 de la Directiva autoriza a los Estados miembros para que puedan utilizar las prohibiciones para contratar con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las normas sociales.

⁶² Los criterios de adjudicación intentan premiar a los empresarios que voluntariamente hayan elegido colaborar con un determinado objetivo social, pero, si el adjudicatario del contrato no fuese ese empresario colaborador, este objetivo social no se verá atendido. En cambio, los criterios especiales de ejecución, deberán cumplirse en todo caso, sea quien sea el adjudicatario.

⁶³ Los criterios de adjudicación serán admisibles siempre que cumplan tres condiciones: a) que no sean discriminatorios directa o indirectamente; b) que se anuncien en el pliego de condiciones; c) y que estén relacionados con el objeto del contrato. Véanse los Informes de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa 36/01, de 9 de enero de 2002; 13/98, de 30 de junio de 1998; 44/98, de 16 de diciembre de 1998; y 33/99, de 30 de junio de 1999, y los dictámenes motivados de la Comisión Europea de 23 de diciembre de 1997 y de 10 de febrero de 2000 adoptados a través de un expediente de infracción seguido contra el Reino de España.

rias ventajas, una de ellas es que no altera la estructura jurídica y dogmática del contrato al ser adjudicado siempre a la oferta económica más ventajosa, otra, que suponen la aceptación por el contratista de verdaderas obligaciones jurídicas y no compromisos voluntaristas.

De todo lo expuesto podemos concluir que en el ámbito comunitario la incorporación de cláusulas sociales en los contratos públicos ha de ser considerada como una condición especial de ejecución del contrato que deberá observar la empresa adjudicataria de forma obligatoria. Las cláusulas sociales no pueden ser consideradas ni como un elemento definidor de la capacidad de las empresas ni como un criterio de adjudicación contractual

Hasta la aprobación de la LCSP existían pocas cláusulas sociales en nuestro ordenamiento jurídico en general y en particular en la legislación contractual pública⁶⁴. Un ejemplo lo encontramos en la obligación de contratar a personas con discapacidad en un número no inferior al dos por ciento de la plantilla para las empresas con más de cincuenta trabajadores (Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, LISMI)⁶⁵. Desgraciadamente el incumplimiento de esta obligación llevó a la aprobación el 3 de octubre de 1997 por el Consejo de Ministros de un “plan específico a favor del empleo de las personas con discapacidad”, que en su desarrollo posibilitó una nueva redacción del artículo 38.1 de la LISMI⁶⁶, introduciendo la posibilidad de que, excepcionalmente, los empresarios obligados al cumplimiento de la

⁶⁴ Debido al principio de primacía del Derecho comunitario, el Derecho español no podía otorgar a los aspectos sociales de la contratación un valor incompatible con el Derecho comunitario. Ahora bien, el Derecho español sí ha podido imponer límites y restricciones adicionales en función de los criterios que el Derecho comunitario no tiene en cuenta, como el principio de legalidad, la interdicción de la arbitrariedad, la objetividad, la formalización de procedimientos, o la distribución de competencias entre Administraciones.

⁶⁵ Establece el artículo 38.1 de la LISMI que “las empresas públicas y privadas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de cincuenta vendrán obligadas a emplear un número de trabajadores minusválidos no inferior al dos por ciento de la plantilla”.

⁶⁶ Se firmó un Acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Comité Español de Representantes de Minusválidos, y a través de este acuerdo y de la disposición adicional 39ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre y de la disposición adicional 11ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se modificó la redacción el artículo 38.1 de la LISMI, posibilitando el cumplimiento alternativo de la obligación de reserva para trabajadores discapacitados.

referida cuota de reserva, pudieran hacer frente total o parcialmente a dicha obligación, siempre y cuando se apliquen las medidas alternativas que introduce el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP) también estableció una cláusula de desempate en la disposición adicional octava⁶⁷ con poca virtualidad y utilidad práctica, al operar sólo en los casos de empate de dos ofertas igualadas, lo que dificultaba su aplicación al adjudicarse el contrato mediante concurso⁶⁸. Del análisis de su redacción podía interpretarse que, o bien se trataba de un desempate para cuando las puntuaciones fuesen idénticas, o bien podía pensarse que se trataba de una verdadera preferencia. Esta preferencia o desempate en la adjudicación en iguales condiciones se podía utilizar también a favor de las proposiciones presentadas por las entidades sin ánimo de lucro para los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial.

En la legislación autonómica también podíamos encontrar algún ejemplo más de incorporación al contrato de cláusulas sociales, como la contemplada en la Ley Foral Navarra 10/1998, de 16 de junio⁶⁹, que estableció la posibilidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporaran

⁶⁷ Real Decreto Legislativo 2/2000, de 12 de junio, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Su disposición adicional octava establecía que "los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en 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".

⁶⁸ Con la preferencia en la adjudicación de los contratos a favor de las empresas que en el momento de acreditar su solvencia técnica tuvieran en su plantilla un número de trabajadores discapacitados no inferior al 2%, se trataba de valorar preferentemente a las empresas que acreditaban en su plantilla el cumplimiento de la LISMI, una vez demostrada su solvencia técnica, siempre que dichas proposiciones fueran iguales en sus términos a la más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos que servían de base a la adjudicación. Del mismo modo, se establecía preferencia para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, siempre que su actividad o finalidad tuviera relación directa con el objeto del contrato.

⁶⁹ Ley derogada por la Ley Foral Navarra 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

entre los criterios de adjudicación el de la situación laboral de las empresas⁷⁰, y que en los contratos de gestión de servicios públicos se incorporara como un criterio de valoración que la plantilla de las empresas estuviera compuesta por más de un 3% de personas con discapacidad. El Decreto de la Comunidad de Madrid 213/1998, de 17 de diciembre, priorizó la adjudicación de los contratos a las empresas que optaran por la estabilidad en el empleo estableciendo una puntuación equivalente al 20% del total del baremo⁷¹. Esta medida fue objeto de análisis minucioso por la Comisión Europea, por posible vulneración de la normativa comunitaria en materia de contratación pública. La Comisión manifestó su negativa a admitir los criterios de adjudicación introducidos en la normativa de la Comunidad de Madrid⁷², remitiendo una carta de emplazamiento al Gobierno español de fecha 12 de abril de 2000, y el conflicto se resolvió con la aprobación del Decreto 218/2005, de 15 de diciembre, que deroga parcialmente determinadas medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo.

⁷⁰ “Los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporarán, con carácter general, entre los criterios de adjudicación el de la situación laboral de las empresas, de forma que se valore y puntúe positivamente a aquellas empresas, que en el momento de acreditar su solvencia tengan en su plantilla un número de eventuales no superior al 10 por 100” (artículo 62.7 de la Ley Foral 19/1998). El apartado 8º de este mismo precepto y para los contratos de gestión de servicios públicos, especificaba la integración laboral de las personas con discapacidades, de forma que se valorara positivamente a aquellas empresas que en el momento de acreditar su solvencia tengan en su plantilla un número superior al 3 por 100 de personas con gran disminución física, sorderas profundas y severas, disminución psíquica o enfermedad mental.

⁷¹ Se trata de un criterio de valoración de las ofertas de los contratistas que pretende luchar contra la precariedad en el empleo. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de Madrid de 30 de mayo de 2003, declaró válida esta cláusula argumentando que, aplicándose con carácter general, supone dar estabilidad al empleo y contribuye a la calidad de la ejecución del contrato, y por tanto, está relacionada con el objeto del mismo. En cambio, la Comisión europea abrió un procedimiento por incumplimiento de la normativa comunitaria contra España por este tema.

⁷² El 4 de febrero de 2000 la Comisión responde a una pregunta que se le formuló sobre el Decreto 213/1998, de la Comunidad de Madrid, manifestando que “teniendo en cuenta el actual ordenamiento jurídico, es difícil admitir criterios de adjudicación relacionados con la estructura de la empresa en lugar de la calidad de las ofertas” (DOUE 8 de agosto de 2000, serie C225 E). Véanse sobre este tema el Dictamen Motivado de la Comisión Europea de 8 de febrero de 2002, y el dictamen complementario de 19 de febrero de 2003.

Por su parte, el artículo 115 de la Ley de La Comunidad Autónoma de Andalucía 18/2003, de 29 de diciembre, sobre medidas fiscales y administrativas, impone a los órganos de contratación de esta Comunidad la obligación de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares una cláusula de preferencia a favor de las empresas que contraten discapacitados, en caso de empates de las ofertas y en las condiciones que en el citado artículo se indican⁷³. El Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía 2/2005, de 31 de mayo, manifiesta que este precepto a parte de no contribuir directamente a determinar la oferta económicamente más ventajosa, es discriminatorio con respecto a los licitadores que no tienen centros de trabajo radicados en Andalucía, así como con aquellas empresas que por disposición legal opten potestativamente por las medidas alternativas que incluye el actual artículo 38 de la LISMI.

Por último, la vigente Ley Foral Navarra 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, contempla en su artículo 9 la posibilidad de que las entidades sometidas a su ámbito de aplicación puedan reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a talleres protegidos o reservar su ejecución a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. Así mismo, el artículo 49 establece una serie de requerimientos de carácter social en la ejecución del contrato⁷⁴.

⁷³ Establece el artículo 115 de la Ley andaluza 18/2003, que “los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus organismos autónomos incluirán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para aquellas empresas que en el momento de acreditar su solvencia técnica, justifiquen tener en la plantilla de sus centros de trabajo radicados en Andalucía un número no inferior al 2% de trabajadores con discapacidad, por tener un grado de minusvalía igual o superior al 33%, siempre que las proposiciones presentadas igualen en sus términos a las más ventajosas desde un punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación”.

⁷⁴ Señala el artículo 49 que los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incluir requerimientos pormenorizados de carácter social sobre el modo de ejecutar el contrato, tales como... “la obligación de contratar para la ejecución del contrato a un número de personas discapacitadas superior al legalmente establecido”.

VI. LA DISCAPACIDAD EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Como especifica la exposición de motivos de la LCSP la nueva regulación contractual trae causa de la Directiva 2004/18/CE, que es la primera norma a nivel europeo en incorporar objetivos sociales a la contratación pública⁷⁵. Y lo hace configurando estos objetivos sociales como condiciones especiales de ejecución del contrato (artículo 102) o como criterios de valoración de las ofertas (artículo 134), siempre que estén vinculados al objeto del contrato.

1. Aspectos generales de la LCSP que pueden incidir en las personas discapacitadas

La LCSP amplía el ámbito subjetivo de aplicación que pasa a abarcar a todo el sector público⁷⁶, aunque sus niveles de aplicación serán distintos según se trate de contratos celebrados por Administraciones Públicas⁷⁷, por poderes adjudicadores⁷⁸ o por otros entes, organismos y entidades del sector públi-

⁷⁵ Especifica la Exposición de Motivos en el apartado I que la LCSP encuentra el impulso primordial para su elaboración en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 18/2004/CE, que refunde los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios e introduce trascendentales cambios en esta regulación, suponiendo un avance cualitativo en la normativa europea de contratos.

⁷⁶ No obstante, una vez que te adentras en el contenido de su articulado compruebas las numerosas exclusiones de su ámbito de aplicación. Especifica la LCSP que será de plena aplicación para los contratos celebrados por las Administraciones públicas (artículos 3.2 y 19 LCSP); de aplicación parcial para los contratos celebrados por los poderes adjudicadores (artículos 3.3 y 174 y 175 LCSP), y de aplicación mínima (solo principios que no normas) para los contratos celebrados por las demás entidades u organismos del sector público (artículo 176). Excluye de forma expresa de la consideración de Administración pública a las entidades públicas empresariales estatales y organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas. También a las agencias y a cualesquiera entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias Administraciones públicas que su actividad principal consista en la producción de bienes y servicios en régimen de mercado, o que se financien mayoritariamente con ingresos, cualesquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios (artículo 3.2 LCSP).

⁷⁷ Considerados legalmente como contratos administrativos y sujetos íntegramente al ámbito de aplicación de la LCSP (artículos 3.2 y 19 LCSP).

⁷⁸ El artículo 3.3 de la LCSP considera poder adjudicador a las Administraciones públicas y a todos los demás entes, organismos o entidades que hayan sido creados específicamente para sa-

co⁷⁹. Por ello, algunas de sus disposiciones serán de aplicación para todos los contratos del sector público⁸⁰ incluyendo como tal a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, las fundaciones de interés público, las sociedades mercantiles mayoritariamente participadas por el sector público, a las personas físicas o jurídicas privadas que celebren contratos subvencionados mayoritariamente por entidades del sector público, así como los contratos de obras celebrados por los concesionarios de obras públicas⁸¹.

tisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que estén mayoritariamente financiados, controlados y organizados por uno o varios sujetos que deben considerarse poder adjudicador. Sus contratos sólo estarán sujetos a la LCSP en las dos primeras fases: actos preparatorios o formación de la voluntad contractual y adjudicación. ¿Se ajusta la LCSP al concepto de “organismo de derecho público” establecido en el artículo 1.9, párrafo segundo de la Directiva 2004/18/CE? Del examen detenido del artículo 3 de la LCSP podemos concluir que de nuevo la LCSP aminora las exigencias del Derecho Comunitario, al excluir de la consideración de poder adjudicador a ciertos organismos y entidades públicas que, conforme a la Directiva y a la doctrina jurisprudencial europea, deberían merecer esa consideración. Por lo que será más que probable una nueva condena a España por incumplimiento del Derecho comunitario. No olvidemos que la reducción de garantías en las licitaciones para las entidades excluidas perjudicará también a los empresarios nacionales.

⁷⁹ La incidencia de la LCSP en los contratos celebrados por los demás entes del sector público, que no son considerados Administración pública ni poder adjudicador, a los que califica como contratos privados, (artículo 20 LCSP), es mínima. Sólo están sujetos a la aplicación de los principios fundamentales de la contratación pública (publicidad, concurrencia, igualdad, no discriminación), y a la exigencia de elaboración de unas instrucciones internas que hagan efectivos los mencionados principios (artículo 176 LCSP).

⁸⁰ Véanse los artículos 22 a 82 de la LCSP. Con la denominación de disposiciones generales sobre la contratación del sector público la LCSP introduce una regulación de aplicación para todos los contratos celebrados por el sector público (artículo 3.1 LCSP).

⁸¹ Señala el artículo 2.2 LCSP que están sujetos a la presente Ley, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados por los entes, organismos y entidades del sector público que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 17, así como los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas en los casos del artículo 250. Por su parte, el artículo 17 especifica que son contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada, los que de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe estén subvencionados por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías incluidas en los apartados a y b del artículo 17.1 LCSP. Para que los contratos de obras celebrados por los concesionarios de obra pública estén sujetos al artículo 250 de la LCSP su presupuesto tiene que sobrepasar la cuantía de 5.150.000 euros.

Para éstos últimos la LCSP impone determinadas obligaciones que inciden en la garantía y protección de los derechos de los discapacitados, como la conservación de la obra de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia disponga la normativa sobre accesibilidad y eliminación de barreras. Se trata de la introducción en el contrato de la denominada “cláusula de progreso” que se encuentra circunscrita a lo que disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios a lo largo del periodo de vigencia de la concesión de obra pública⁸². Este deber del concesionario se halla delimitado por el mantenimiento de la obra pública, por lo que los costes que genere su cumplimiento correrán de su cuenta a lo largo del periodo de ejecución del contrato⁸³. Los avances científicos y técnicos que se produzcan y sean plasmados en normas jurídicas⁸⁴, así como los costes que puedan generarse, siempre

⁸² Frente a la denominada “cláusula técnica” frecuentemente utilizada en las autorizaciones administrativas que exige la adaptación de la actividad autorizada al estado de la técnica en cada momento, a la mejor tecnología disponible durante el periodo de tiempo en que se haga uso de la autorización. Como señala QUINTANA LÓPEZ la “cláusula técnica” expresa la incapacidad del ordenamiento jurídico para incorporar los avances científicos y técnicos mediante su transformación en norma jurídica, pero a la vez manifiesta su clara voluntad de no dejar fuera del progreso científico y técnico a las actividades que se están desarrollando conforme a autorizaciones otorgadas por la Administración con anterioridad. A través de la “cláusula técnica” lo que vincula a la actividad autorizada no son unos específicos parámetros previstos en disposiciones normativas, sino la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, expresado en el estado de la técnica en cada momento, en la mejor tecnología disponible (“Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, *REDA* nº 131, 2006, págs. 428 y 429).

⁸³ Por tanto, el cumplimiento de la cláusula de progreso podrá dar lugar a compensaciones económicas a favor del concesionario si se produce una alteración sustancial del equilibrio económico financiero de la concesión. Mientras no quiebre ese equilibrio económico, el contratista deberá soportar, como parte del *aleas* empresarial, el eventual detrimento patrimonial que le pueda ocasionar el cumplimiento de la cláusula de progreso.

⁸⁴ La incidencia de las innovaciones técnicas o científicas no plasmadas todavía en normas jurídicas, ni introducidas *ex contractu*, pueden ser exigidas por la Administración concedente a través de su prerrogativa de modificación unilateral del contrato. La Administración podrá modificar el contrato por el interés público que supone la incorporación al mismo de los avances que ofrezca la ciencia. El *ius variandi* en el contrato de concesión de obra pública tiene una doble dimensión: modificación de la obra en construcción y modificación de la obra terminada –su explotación–. Por ello, sea en forma de modificación de la obra o de las condiciones de su explotación, el progreso científico y técnico puede afectar a las obligaciones del concesionario cuando así lo acuerde unilateralmente la Administración. Ahora bien, ejercida la prerrogativa de modificación unilateral del contrato, si ello altera el equilibrio económico de la concesión, procederá el

dentro de los límites del mantenimiento de la obra pública, formarán parte del riesgo y ventura que, como empresario, debe soportar el concesionario. Más allá de los costes de mantenimiento aunque no ajenos a las exigencias de la cláusula de progreso, deberían serle compensados de una u otra forma⁸⁵.

La LCSP introduce también un nuevo contrato administrativo que puede abrir nuevos cauces para el sector de la discapacidad, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (artículo 11 LCSP), que podrá celebrarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el contratista, mientras que el precio a pagar por la Administración dependerá de la forma de utilización de los bienes y servicios objeto del contrato.

En aplicación del principio de transparencia en la contratación, el artículo 103 LCSP recomienda al órgano de contratación que señale en el pliego los organismos donde los licitadores o candidatos puedan obtener información sobre sus obligaciones fiscales, medioambientales, de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales. En el caso de que esa información sea facilitada por el órgano de contratación, solicitará

reestablecimiento del mismo (artículos 233 y 241 LCSP). Vid., MARTÍN REBOLLO L., "Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)", en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, obra colectiva dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, Madrid, 2004.

⁸⁵ Es seguro que durante la concesión pueden surgir otras obligaciones fruto del progreso científico o técnico impuestas por normas medioambientales, de accesibilidad, eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios, que vayan más allá del mantenimiento de la obra pública y generen costes ajenos a las previsiones de las partes en el momento de celebrar el contrato. En la medida que estas obligaciones afecten al equilibrio económico del contrato deberán ser reconducidos a las técnicas previstas para el mantenimiento y respeto de ese equilibrio, en particular, al *factum principis* y a la teoría del riesgo imprevisible. Véanse MARTÍN HUERTAS P., "Régimen económico financiero de la concesión y equilibrio económico del contrato", en *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública*, obra colectiva dirigida por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Madrid, 2003, pág. 229; FERNÁNDEZ ASTUDILLO J.M., *Contratación administrativa*, Barcelona, 2003, págs. 762 y 763; GÓMEZ-FERRER RINCÓN R., "El régimen económico del contrato de concesión de obra pública", en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, obra colectiva dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, Madrid, 2004, pág. 1280; MESTRE DELGADO J.F., "Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular la concesión", en *Tratado de Derecho Municipal II*, Madrid, 2003, págs. 1498 y 1499; ARIÑO ORTIZ G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, pág. 269.

a los candidatos o licitadores que manifiesten expresamente en sus ofertas haber tenido en cuenta las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección de empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales⁸⁶. Por su parte, el artículo 104 LCSP establece la obligación del órgano de contratación de facilitar a los licitadores, en el pliego o en la documentación complementaria, la información sobre el alcance de la obligación de subrogarse el contratista en determinadas relaciones laborales y las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación; lo que permitirá al licitador evaluar los costes laborales que implique tal medida⁸⁷.

Por último, la disposición adicional decimonovena LCSP establece la prohibición de discriminación en el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley⁸⁸.

2. Aspectos específicos de la LCSP que inciden directamente en el sector de los discapacitados

Son varios los preceptos de la LCSP que afectan directamente a la integración social y laboral de las personas con discapacidad. En lugar de seguir

⁸⁶ Atendiendo a la propia redacción del artículo 103 LCSP, la inclusión de la información en el pliego es una facultad del órgano de contratación, sin olvidar que cualquier Estado miembro, por imperativo del artículo 27 de la Directiva 2004/18/CE, puede obligar a incluir dicha información en los pliegos, lo que supondría la necesidad de una rectificación o modificación de los mismos, pues la información es la que permite exigir al licitador la manifestación expresa en su proposición de haber tenido en cuenta en sus ofertas las obligaciones mencionadas.

⁸⁷ A requerimiento del órgano de contratación, la empresa que venga efectuando la prestación objeto del contrato, vendrá obligada a facilitar la información precisa respecto a los contratos y trabajadores afectados.

⁸⁸ La información y las especificaciones técnicas necesarias para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán estar a disposición de todas las partes interesadas, no ser discriminatorios y ser conformes con estándares abiertos, de uso general y amplia implantación. Estos programas y aplicaciones deberán ser de amplio uso, fácil acceso y no discriminatorios, o deberán ponerse a disposición de los interesados por el órgano de contratación. Véase el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y los medios de comunicación social. También la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información.

un orden cronológico de estos artículos, agruparemos su tratamiento por conexión, referencia y relación entre ellos.

-Artículo 49 LCSP: Prohibiciones para contratar.

El artículo 49.1 LCSP establece que no podrán contratar con “el sector público” las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

...c) “Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de...integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad⁸⁹ o por infracciones muy graves en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto...”

Con esta prohibición se trata de verificar que todo licitador cumple con lo dispuesto en la legislación social española en materia de integración de personas con discapacidad, es decir, que la plantilla de la empresa contratista debe incluir entre sus trabajadores al menos un 2% de personas con discapacidad, siempre y cuando el contratista esté sujeto a tal obligación, de acuerdo con el artículo 38.1 de la LISMI⁹⁰. Estamos ante una obligación de carácter ge-

⁸⁹ El derogado artículo 20 apartado d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), dirigía la prohibición para contratar para aquellas personas que hubieran sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral de minusválidos (terminología empleada por la Ley 13/82, LISMI). El actual artículo 49.1 apartado c) adapta la terminología a la empleada en la Ley 51/2003, LIONDAD.

⁹⁰ “Las empresas públicas y privadas que empleen un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% 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 aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa...De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma total o parcial, bien a través 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, número 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 en ambos supuestos que se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente” (artículo 38.1 de la LISMI).

neral que deben observar las empresas que se encuentren dentro del marco de exigencia definido en la LISMI. No obstante, esta obligación puede exonerarse de acuerdo con el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores. De no existir estos acuerdos, el empresario también podrá voluntariamente, y cuando concurren situaciones de excepcionalidad⁹¹, eludir la obligación mediante la aplicación de alguna de las medidas alternativas⁹².

Ahora bien, el mero incumplimiento de esta obligación ni es causa de prohibición para contratar ni puede ser impositiva de la adjudicación de un contrato⁹³, ya que se trata de un deber ajeno a la propia contratación pública,

⁹¹ Se entenderá que concurre la nota de excepcionalidad: a) cuando los servicios públicos competentes de empleo no hayan podido atender la petición de empleo del empresario; b) cuando la empresa acredite la existencia de razones o cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico, que impliquen una dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la empresa. La declaración de excepcionalidad deberá solicitarse a los servicios públicos de empleo competentes, aportando las pruebas correspondientes, y deberán resolver sobre la excepcionalidad en el plazo de dos meses contados desde la fecha de presentación de la solicitud, transcurrido el cual sin que se dicte resolución, se entenderá concedida por silencio administrativo (artículo 1 del Real Decreto 364/2005).

⁹² Declarada la excepcionalidad, que tendrá una validez de tres años, las medidas alternativas que las empresas podrán aplicar para cumplir con la reserva de empleo a las personas con discapacidad son las siguientes: a) celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad para el suministro de bienes necesarios para el normal desarrollo de la empresa, o para la prestación de servicios ajenos y accesorios de la actividad normal de la empresa; b) realización de donaciones y de acciones de patrocinio de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, siempre que la entidad beneficiaria sea una fundación o asociación de utilidad pública, cuyo objeto se encuentre relacionado con la inserción o formación de personas con discapacidad; c) constituir un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo (artículo 2 del Real Decreto 364/2005).

⁹³ El Dictamen del Consejo de Estado 830/1995, de 13 de julio, distingue los supuestos de prohibición de contratar de las causas de incapacidad para contratar, señalando que la diferencia entre ambos conceptos se basa en que la prohibición atiende a unos determinados valores e intereses jurídicos cuya protección se hace efectiva mediante la privación de efectos jurídicos al actuar contrario a los mismos. La incapacidad exige la definición de supuestos de inhabilidad para realizar determinados negocios jurídicos en razón de la falta de concurrencia de los requisitos mínimos que permitan discernir la existencia de un consentimiento libre y no viciado de quien tiene reconocida su capacidad jurídica general por el ordenamiento jurídico.

cuyos efectos discurren en el marco específico de la LISMI y normas complementarias, sin perjuicio de determinadas preferencias en la contratación pública, en igualdad de condiciones de la oferta, respecto a otros licitadores. El incumplimiento de esta obligación legal puede llevar aparejado, en su caso, un expediente sancionador por infracción de la legislación laboral o social, pero nunca incoar dicho procedimiento en el propio marco contractual para determinar posibles responsabilidades, o para no adjudicar el contrato por el incumplimiento de la referida obligación sin que exista previamente una sanción firme por tal causa. El incumplimiento de este deber de colocación de un porcentaje de discapacitados, ha de ser sancionado en el marco del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, sobre infracciones y sanciones del orden social⁹⁴. Lo que nos permite afirmar que para que el incumplimiento de la obligación de emplear al 2% de trabajadores con discapacidad afecte a la contratación pública, es preciso el previo expediente sancionador al efecto, y la imposición de una sanción firme por infracción grave en materia de integración laboral⁹⁵. Cualquier otra actuación sancionadora por incumplimiento de la LISMI, fundamentada en norma sin rango de Ley, sería inconstitucional y las sanciones impuestas nulas de pleno derecho, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62 de la Ley 30/1992.

No es al órgano de contratación a quien compete sancionar el incumplimiento de la mencionada obligación, el alcance de su actuación ha de limitarse a dar o no preferencia en la adjudicación en igualdad de condiciones a las ofertas de empresas que acrediten la colocación de trabajadores con discapacidad en el porcentaje superior al 2%, siempre que, además, así se consigne en los pliegos. El incumplimiento de la obligación social o la falta de acre-

⁹⁴ El artículo 15 del citado Real Decreto Legislativo considera como infracción grave el incumplimiento en materia de integración laboral de minusválidos de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional. Esta norma constituye legislación básica para todas las Administraciones públicas al amparo del artículo 149.1.1º CE. Por tanto, cuando los órganos competentes para imponer la sanción se encuentren encuadrados en las Comunidades Autónomas, han de seguir necesariamente el procedimiento sancionador común previsto en el capítulo VIII del Real Decreto Legislativo 5/2000, y en lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, sobre la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

⁹⁵ Respecto a la firmeza de la sanción, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha señalado que la firmeza de los correctivos ha de entenderse referida a la vía jurisdiccional, sin que pueda apreciarse la prohibición cuando la sanción impuesta esté pendiente de recurso en dicha vía (Informe 17/2002, de 18 de abril).

ditación por parte de los licitadores del cumplimiento de la misma, ni siquiera permitirá al órgano de contratación retener la devolución de la garantía, que el artículo 90 de la LCSP sólo condiciona al vencimiento de su plazo y al incumplimiento del contrato. Sólo la sanción con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral de las personas con discapacidad, constituye la prohibición para contratar con el sector público. Para ello será preciso un perfecto funcionamiento de la inspección competente para exigir el cumplimiento de la legislación en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

Por ello, las organizaciones representativas de los intereses de los discapacitados⁹⁶ propusieron durante la tramitación parlamentaria de la LCSP que se incluyera como un criterio de exclusión cualitativo del contratista “no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de reserva de puestos de trabajo a las personas con discapacidad, o de las medidas alternativas contempladas con carácter excepcional”. De esta forma la nueva obligación específica se uniría en el mismo precepto (artículo 49.1 apartado d) a las contempladas ya para el ámbito tributario y de la Seguridad Social, y no haría necesaria la sanción firme de este incumplimiento como se exige ahora.⁹⁷ La imposición de esta nueva prohibición sería la única manera de que se respetara la reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad, no quedando en una mera declaración de intenciones sin efectivo cumplimiento práctico, como hasta este momento viene aconteciendo.

Además de las prohibiciones para contratar con el “sector público” contempladas en el apartado 1º del artículo 49 LCSP, el apartado 2º letra d) de este mismo precepto prevé determinadas circunstancias que impedirán a los em-

⁹⁶ Véanse los informes elaborados por el Comité Español de Representante de Personas con Discapacidad (CERMI) durante la elaboración de la Directiva 2004/18/CE y de la LCSP. www.cer-mi.org

⁹⁷ El cumplimiento de esta obligación podría acreditarse mediante la presentación ante el órgano de contratación de una certificación expedida por el órgano administrativo competente. El desarrollo y precisión de esta acreditación debería establecerse por vía reglamentaria como actualmente recogen los artículos 13 y siguientes 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, para las obligaciones fiscales y de la Seguridad Social.

presarios contratar con las “Administraciones Públicas”⁹⁸. Entre ellas, haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 102, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo de la LCSP, y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario⁹⁹. Por su parte, el apartado 3º del artículo 49 LCSP dispone de forma expresa que las prohibiciones para contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas¹⁰⁰.

-Disposición adicional sexta LCSP: Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro

La disposición adicional sexta de la LCSP, norma básica de obligado cumplimiento para todas las Administraciones públicas, recoge la posibilidad de que los órganos de contratación señalen en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos a las empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2%, siempre

⁹⁸ No debemos olvidar que las circunstancias previstas en el artículo 49.2 de la LCSP sólo podrán ser alegadas si el contrato se celebra por una Administración pública de acuerdo con la consideración legal del artículo 3.2 LCSP. Es decir, sólo tendrán efecto en los contratos administrativos (artículo 19 LCSP), al encontrarnos en la fase de ejecución contractual. Sin embargo, las prohibiciones para contratar (artículo 49.1 LCSP) podrán ser alegadas frente a cualquier contrato del sector público (artículo 3.1 LCSP).

⁹⁹ La LCSP remite a las disposiciones reglamentarias oportunas la regulación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar. En tanto no se apruebe un reglamento de desarrollo, resulta aplicable el Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, que no ha sido derogado por la LCSP. Ahora bien, la formulación establecida en el artículo 49.2 apartado e) debe ser interpretada y aplicada de conformidad con los criterios generales. Y estos indican que una norma prohibitiva además de estar necesariamente contemplada en una norma con rango de ley, debe ser interpretada restrictivamente y de forma proporcional y ajustada a la finalidad perseguida (Dictamen del Consejo de Estado 850/1995, de 13 de julio).

¹⁰⁰ Esta disposición ha sido incluida de nuevo en la LCSP, no venía regulada en la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

que dichas proposiciones iguallen a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos de adjudicación, lo que excluye dar preferencia a estas empresas sobre cualquier otra, por el hecho exclusivo de contar con dicho porcentaje de discapacitados, o lo que es igual, no tomar en consideración las ofertas que no acrediten el cumplimiento de dicha obligación¹⁰¹. En el supuesto de que varias empresas licitadoras empaten en la valoración de la proposición más ventajosa y las dos cumplan con la exigencia de tener en su plantilla un porcentaje superior al 2% de discapacitados, tendrá preferencia en la adjudicación el licitador que disponga de mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla¹⁰².

Esta previsión supone una habilitación a los órganos de contratación para que puedan señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación para las proposiciones presentadas por empresas que cuenten en su plantilla con un determinado porcentaje de trabajadores discapacitados. Esto significa, de un lado, que todos los empresarios han de conocer, antes de formular sus proposiciones, que pueden quedar postergadas si licita alguno de los sujetos beneficiarios (empresas con trabajadores discapacitados, entidades sin ánimo de lucro, y organizaciones de comercio justo), y, de otro, que la entidad contratante va a quedar vinculada a la aplicación de la preferencia cuando concurren los colectivos mencionados y se cumplan los requisitos exigidos¹⁰³. La decisión de utilización o no de la pre-

¹⁰¹ El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 1/05, de 11 de marzo de 2005, recuerda que la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por empresas con trabajadores con discapacidad, requiere necesariamente que las proposiciones iguallen en sus términos a la más ventajosa desde los criterios objetivos que sirven de base a la licitación, sin que por otro lado, puedan tenerse en mayor consideración a la empresa que, superado el porcentaje, tenga mayor número de trabajadores discapacitados. Añadiendo que dado que el precepto habla de preferencia con criterios distintos a los objetivos que sirvan de base para la adjudicación, ha de ser objeto de una interpretación estricta y ajustada a sus términos literales.

¹⁰² Esta previsión ya estaba incorporada en el TRLCAP (párrafo 1º de la disposición adicional 8ª) y contaba con el mismo carácter potestativo, sin embargo, una diferencia de matiz debe ser resaltada, ahora se hace referencia a un porcentaje “superior” al 2%, y antes se utilizaba la expresión “no inferior” al 2%.

¹⁰³ Es decir, no existe un derecho subjetivo de los sujetos cualificados a la utilización por la entidad contratante de esta preferencia en la adjudicación, pero si ésta se acuerda y, por tanto, se incluye en el pliego de condiciones, sí surge la obligación de su aplicación y la facultad de exigirla por parte de los colectivos beneficiarios.

ferencia en la adjudicación resulta así una potestad discrecional, que el ordenamiento jurídico atribuye al órgano de contratación para que la incluya o no en el pliego de condiciones particulares¹⁰⁴.

La preferencia incluida en el pliego de cláusulas administrativas particulares producirá efecto siempre que existan varias propuestas iguales, desde el punto de vista de los criterios objetivos para adjudicar el contrato, y dentro de las propuestas iguales de diferentes licitadores que tienen discapacitados en su plantilla en número superior al 2%. Por ello, el empleo de trabajadores discapacitados no constituye un criterio objetivo de adjudicación, ni debe, por tanto, formar parte de la ponderación de éstos, sino que deberá utilizarse exclusivamente como factor dirimente ante un posible empate, lo que obliga a entender el alcance de la disposición adicional sexta en el sentido de que la preferencia en la adjudicación sólo operará en el caso de igualdad en la valoración de los criterios objetivos de las proposiciones de dos o más empresas, cuando una de ellas cuente con trabajadores discapacitados¹⁰⁵.

Por tanto, la valoración de la mayor o menor ventaja de las proposiciones presentadas se ha de hacer atendiendo a las reglas objetivas de selección de contratistas, que serán las que resulten aplicables a cada contrato concreto, en función del sujeto, de la cuantía, procedimiento y criterios de adjudicación determinados en los pliegos de condiciones particulares del vínculo contractual en cuestión. Ya que la preferencia analizada no es en modo alguno un criterio de adjudicación del contrato, sino que los parámetros de adjudicación deben ser objetivos, lo cual implica que no deben ser discriminatorios y deben valorar el objeto no el sujeto, tomado en consideración.

¹⁰⁴ La omisión en el pliego de condiciones particulares de la preferencia en la adjudicación del contrato a favor de los licitadores mencionados en la disposición adicional sexta de la LCSP impide la aplicación de la misma aun cuando concurran todos los demás requisitos previstos en la norma.

¹⁰⁵ El carácter imperativo de la expresión que utiliza la disposición adicional sexta "que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2%", está contemplando solo el supuesto de que la empresa cuente en su plantilla con trabajadores discapacitados, como única circunstancia que vincularía al órgano de contratación a aplicar el trato preferente en la adjudicación de los contratos. Las medidas alternativas de integración social no podrán ser consideradas como circunstancias sustitutivas de la efectiva contratación de trabajadores discapacitados fijos.

Las empresas beneficiarias de la preferencia pueden ser tanto públicas como privadas. Las empresas privadas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten (empresario individual, sociedad, fundación, asociación), no plantean problema alguno y quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la disposición adicional 6ª LCSP. En cuanto a las empresas públicas, han de revestir forma jurídico-privada y deberán estar sometidas sin excepción alguna a las mismas reglas de competencia que operan en el mercado, de modo que el adjetivo de “públicas” indica tan sólo que se refiere a una manifestación más de la iniciativa pública en la economía con el fin de satisfacer intereses generales. En tal concepto se pueden entender incluidas tanto las entidades públicas empresariales y organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, como las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones de iniciativa pública. Por el contrario, cuando se trate de Administraciones públicas, habrá que atender a lo previsto en el artículo 51.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, el cual establece una cuota de reserva mínima no inferior al 5% de las vacantes a favor de los discapacitados, de modo que progresivamente alcancen el 2% de los efectivos totales al servicio de la Administración¹⁰⁶.

A pesar de todo ello, el alcance de la preferencia es bastante limitado. Primero, porque la expresión “podrán” demuestra el carácter potestativo de su inclusión en los pliegos. Segundo, porque la prioridad que se establece lo es para el supuesto de proposiciones iguales desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación, lo que reduce bastante su marco de aplicación. Y tercero, porque la estimación de la preferencia no requerirá una previa declaración responsable de las empresas, sino que al tener que venir necesariamente recogida en los pliegos de condiciones particulares y referida al momento de acreditar la solvencia técnica, serán las propias empresas las que tengan que demostrar, no simplemente declarar, que cumplen el requisito exigido, por lo que la que no realice tal acreditación quedará excluida de la adjudicación preferente en caso de igualar a las demás ofertas ventajosas y cuente con un elevado porcentaje de mano de obra discapacitada¹⁰⁷.

¹⁰⁶ PARADA VÁZQUEZ R., *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, pág. 140.

¹⁰⁷ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 44/98, de 16 de diciembre de 1998.

De igual preferencia y alcance gozarán las proposiciones presentadas por empresas dedicadas a la promoción o inserción laboral de personas en situación de exclusión social¹⁰⁸, en las que se incluya el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 por 100 de sus puestos de trabajo con personas que, con la debida acreditación de los servicios sociales, pertenezcan a los colectivos que señala la disposición adicional sexta en su apartado segundo¹⁰⁹. De este modo, no será necesario que el licitador haya contratado el porcentaje de personas que establece la Ley, sino que será suficiente la presentación de un compromiso formal que, de resultar adjudicatario, tendrá que ejecutar y acreditar documentalmente a través de los servicios sociales públicos correspondientes¹¹⁰. El apartado 3º de la citada disposición adicional sexta dispone que la preferencia podrá establecerse para la adjudicación de contratos de servicios a entidades sin ánimo de lucro que, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos o reglas fundacionales, tengan por objeto prestaciones de carácter social o asistencial. Podrán beneficiarse de ella las entidades sin ánimo de lucro con personalidad jurídica y capacidad de obrar para contratar, inscritas en el respectivo registro, y que su objeto o finalidad tenga relación directa con el objeto del contrato. En estos supuestos, al no existir ánimo de lucro, el órgano de contratación puede exigir que las entidades detallen en sus ofertas la composición del precio ofertado en función de sus costes.

Las organizaciones representativas de los derechos e intereses de los discapacitados solicitaron en la tramitación parlamentaria de la LCSP que se in-

¹⁰⁸ La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas de reforma del mercado laboral especifica en la disposición adicional novena que se consideran empresas de promoción e inserción laboral, cualquiera que sea su forma jurídica y actividad económica, aquellas que dediquen habitualmente no menos del 30 por ciento de sus puestos de trabajo al empleo de personas que estén en algunos de los supuestos a los que se refiere el párrafo anterior, para formarles y adiestrarles en el ejercicio normalizado de una actividad laboral. Tendrán como fin primordial de su objeto social la plena integración laboral y el acceso al empleo ordinario de las indicadas personas. Dichas empresas podrán inscribirse voluntariamente en el registro público que a tal efecto se determine reglamentariamente.

¹⁰⁹ En el apartado f) incluyen a las personas con discapacidad.

¹¹⁰ Las empresas de promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, podrán desarrollar los programas que se determinen en colaboración con las Administraciones y entidades públicas con competencias en la inserción laboral de las personas en situación de exclusión social. Específicamente, los servicios públicos de empleo podrán establecer convenios con estas empresas.

cluyera esta medida con carácter imperativo u obligatorio, tal como se recoge expresamente en alguna normativa autonómica¹¹¹, pero el legislador ha preferido mantener la regulación incluyendo un nuevo criterio de desempate.

Disposición adicional séptima LCSP: contratos reservados

Podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a centros especiales de empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70% de los trabajadores afectados 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. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición. Su aplicación pasa por el segmento de contratos que otorgan a la Administración y a los demás entes del sector público un mayor grado de libertad en la selección del empresario contratista. Nos referimos a los contratos menores y a los procedimientos negociados por razón de la cuantía económica del contrato¹¹²

La realidad empresarial del sector de los Centros Especiales de Empleo (CEE) nos indica que nos encontramos ante pequeñas empresas sin posibilidad de acceder a los grandes contratos públicos para los que se exige una ca-

¹¹¹ El artículo 51.3 de la Ley Foral Navarra de Contratos Públicos, Ley 6/2006, de 9 de junio, determina que "cuando por la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se produjera un empate en la puntuación entre dos o más licitadores, éste se dirimirá atendiendo a los siguientes criterios, por este orden: existencia en la empresa de un porcentaje de trabajadores con discapacidad no inferior al 3%... A tal efecto, la mesa de contratación o la unidad gestora del contrato requerirán la documentación pertinente a las empresas afectadas, otorgándoles un plazo mínimo de cinco días para su aportación. En los casos en que en aplicación de los criterios anteriores persistiera el empate, éste se resolverá mediante sorteo.

¹¹² Aunque los contratos menores (artículos 95 y 122.3 LCSP) y los procedimientos negociados (artículos 153 a 162 LCSP) tienen unos presupuestos limitados, su adjudicación no está sometida a rígidas obligaciones y procedimientos, si bien el órgano de contratación debe respetar, lógicamente, los principios generales de la contratación pública: objetividad, igualdad de trato, no discriminación. Con estas modalidades contractuales puede efectuarse de forma fluida la aplicación de la disposición adicional séptima y una conexión entre los CEE sin ánimo de lucro que lleven a cabo políticas sociales. Las obras de escasa cuantía y al mismo tiempo, en correspondencia, de escasa dificultad técnica, y multitud de servicios pueden ser expresiones concretas de incorporación de consideraciones sociales en la contratación pública y una ocasión para aplicar la disposición adicional séptima con el criterio social en el que se basa.

pacidad empresarial o clasificación que no tienen y que difícilmente alcanzarán si no cuentan con la oportunidad de contratar con la Administración. Estamos ante una iniciativa normativa que incorpora más que una cláusula social en sentido estricto, un objetivo o valor social como criterio para la adjudicación de determinados contratos públicos a una entidad social como son estos centros y alcanzar determinados objetivos sociales compatibles con el interés público perseguido en el ámbito de la contratación pública.

Las organizaciones representativas de los intereses de los discapacitados también intentaron que se fijara la obligatoriedad de esta medida, facilitando el cumplimiento de esta exigencia mediante la aplicación de distintos porcentajes en función del volumen de contratación pública de cada órgano de contratación, pero los grupos parlamentarios consideraron que en España esta exigencia supondría para las empresas contratantes nuevas obligaciones de contenido económico, que no podía imponer la LCSP.

Disposición adicional vigésimo primera LCSP: Garantía de accesibilidad para personas con discapacidad

La disposición adicional vigésimo primera de la LCSP fue incorporada en el Congreso de los Diputados a petición del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), recogiendo por primera vez la aplicación de criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos¹¹³ en nuestro ordenamiento de contratación pública, aunque la solicitud de los discapacitados se refería a todos los aspectos relacionados con el ámbito de esta Ley (procedimientos, servicios, instrumentos, dispositivos), y no a una serie de elementos cerrados, como ha sido finalmente aprobada.

Su redacción final señala que “en el ámbito de la contratación pública, la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de di-

¹¹³ El diseño para todos significa superar el estigma de la diferencia con que tradicionalmente se ha tratado a las personas con discapacidad y asumir que sus condicionantes en relación con su entorno están en igual plano que otros más comunes y compartidos, como la edad, o la limitación temporal de alguna función. La dimensión humana no está definida por unas capacidades, sino que debe contemplarse de forma más global, de modo que la diversidad sea la norma y no la excepción (Plan Nacional de Accesibilidad 2004–2012) www.mtas.es

seño para todos, tal y como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”¹¹⁴

Artículo 101 LCSP: Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas

La no accesibilidad a los entornos productivos y a los servicios constituye una forma de discriminación indirecta que genera una desventaja de las personas con discapacidad en relación con las que no lo son. Las barreras arquitectónicas no sólo dificultan la vida cotidiana del discapacitado, también su potencial productivo como fuerza de trabajo y su desarrollo personal. El artículo 101 LCSP contribuye a suprimir cuantos obstáculos urbanísticos y arquitectónicos, en la movilidad y en la comunicación, impidan que las personas con discapacidad puedan desarrollar una vida activa y participativa en la comunidad.

Las prescripciones técnicas se deben definir, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos en la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹¹⁵. Y siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con los principios y las definiciones regulados en los artículos 3 y 4 de la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación. De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de ac-

¹¹⁴ Véase la Convención 61/106 de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada en diciembre de 2006 en la que se especifica que “los Estados partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad... a la información y a las comunicaciones, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia”.

¹¹⁵ Existen varios países cuya legislación exige la accesibilidad como requisito inexcusable en la compra de bienes y servicios. Entre ellos, Australia, Canadá y Estados Unidos. En este último país la Administración federal americana debe proporcionar a los trabajadores con discapacidad las condiciones de acceso comparables a las que disfrutaban las personas sin discapacidad. Para ello, las agencias federales deben garantizar la accesibilidad de la tecnología utilizada, los funcionarios gestores de los procedimientos de compra, han de tener en cuenta la tecnología más accesible, y las empresas licitadoras facilitar a la Administración en cuestión información detallada acerca de la accesibilidad de sus productos. Véanse los instrumentos normativos *Rehabilitation Act de 1973*, ley estadounidense sobre discapacidad, fortalecida por la *Workforce Investment Act de 1998*, que entró en vigor en 2000.

cesibilidad universal y de diseño para todos, debe motivarse suficientemente esta circunstancia.

La posibilidad de que las especificaciones técnicas puedan tener en cuenta determinados aspectos sociales se encontraba ya prevista en la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 2001. En ella se señala que las especificaciones técnicas han de definir con precisión el objeto del contrato, sin que puedan eliminar o aventajar a un licitador. Este trato de favor o desventaja ha sido una preocupación constante del Derecho comunitario que ha intentado evitar efectos discriminatorios mediante el establecimiento de especificaciones técnicas que pudieran vulnerar la libertad de circulación de mercancías, o restringir el comercio comunitario (artículos 28 y 29 del Tratado CE)¹¹⁶. La regulación de las prescripciones técnicas en la LCSP está presidida por la preocupación de evitar que mediante su establecimiento se pueda favorecer a determinadas empresas nacionales y vulnerar los principios de publicidad y de concurrencia en la contratación pública y la libertad de circulación de mercancías¹¹⁷. La inclusión en los pliegos de prescripciones técnicas de determinadas condiciones que sólo pudieran cumplir, o que beneficiaran a las empresas nacionales, puede convertirse en un claro ejemplo de medida de efecto equivalente¹¹⁸. Su determinación deberá por ello permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia¹¹⁹.

¹¹⁶ El Tribunal de Justicia de la Comunidad ha cuestionado en algunas ocasiones los contratos de suministro por este motivo. Véase la STJCE de 20 de marzo de 1990, *Dupont de Nemours Italiana/Unitá Santaria Locale di Carrara*.

¹¹⁷ La protección otorgada por el Derecho Comunitario a esta materia ha ido creciendo en intensidad. Actualmente el artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE contiene una regulación amplia y exhaustiva.

¹¹⁸ Estas medidas pueden consistir abiertamente en la reserva de determinados contratos a empresas nacionales o de determinadas partes del territorio nacional (STJCE de 20 de marzo de 1990, Asunto *Dupont de Nemours Italiana-Unitá Sanitaria Locale di Carrara*).

¹¹⁹ Cabe recordar que el 2º considerando de la Directiva 2004/18/CE señala que la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de Derecho público, está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

Los pliegos de prescripciones técnicas son los documentos en los que se definen las instrucciones de orden técnico con arreglo a las cuales ha de ejecutarse la prestación por parte del contratista. Han de precisar técnicamente el objeto del contrato con la finalidad de excluir discriminaciones. Suele decirse que conforman junto a los pliegos de cláusulas administrativas el contenido del contrato concretando la voluntad contractual en el marco de la legalidad aplicable¹²⁰. Los pliegos de prescripciones técnicas generales constituyen los estudios tecnológicos que uniformizan los comportamientos administrativos y contribuyen a la perfección de sus operaciones. Su aprobación, como en el caso de los pliegos de cláusulas generales, tienen carácter potestativo. Los pliegos de prescripciones técnicas particulares, que regirán la realización de la prestación y definen sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la Ley, tienen carácter necesario y su elaboración debe tener lugar con carácter previo o simultáneo a la autorización del gasto y, en todo caso, antes de la licitación del contrato. De no existir ésta, antes de su adjudicación provisional¹²¹.

Estos pliegos deben tener un contenido mínimo que fije las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, el precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto o el número estimado de las unidades a suministrar y, en su caso, las modalidades y características técnicas de las variantes¹²². No deben contener declaraciones o

¹²⁰ El Consejo de Estado recordó en el Dictamen de 24 de septiembre de 1992 que los pliegos de prescripciones técnicas junto al pliego de cláusulas administrativas particulares, los planos y los cuadros de precios tienen carácter contractual. La Junta Consultiva de la Contratación Administrativa del Estado viene manifestando que en los casos de contradicción entre el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas, es el primero el que debe prevalecer, pues es el que verdaderamente da eficacia y virtualidad jurídica al contrato (Informe 58/1974, de 4 de marzo de 1975). Véase también sobre este tema la STSJ de Andalucía de 14 de octubre de 1999, Az. 4882.

¹²¹ Su aprobación corresponde al órgano de contratación competente. Los pliegos de prescripciones técnicas particulares ordinariamente forman parte de los proyectos de obras, del anteproyecto de explotación del servicio y de los pliegos de bases de suministros, donde es más frecuente hablar de un cuadro de especificaciones.

¹²² Véase el artículo 68 del RGLCAP. Para el contrato de obra, el RGLCAP exige también que el pliego de prescripciones técnicas particulares consigne expresamente las características que hayan de reunir los materiales a emplear, especificando la procedencia de los materiales naturales, cuando ésta defina una característica de los mismos, y los ensayos a que deben someterse para comprobación de las condiciones que han de cumplir; las normas para la elaboración de las distintas unidades de obra, las instalaciones que hayan de exigirse y las medidas de seguridad y salud comprendidas en el correspondiente estudio a adoptar durante la ejecución del contrato.

cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pero, puede suceder en la práctica que se incluya alguna cuestión propia de aquellos otros pliegos. Tal circunstancia puede darse en las condiciones especiales de ejecución, al obligar el artículo 102.1 LCSP únicamente a que se recojan en el pliego o en el contrato, por lo que la previsión de estas condiciones puede ser que se recoja en el pliego de prescripciones técnicas en lugar de en el pliego de cláusulas administrativas particulares¹²³. El incumplimiento por el contratista de las prescripciones técnicas tiene la misma trascendencia que el incumplimiento de una cláusula administrativa, y puede dar lugar a la resolución del contrato¹²⁴.

Se pueden definir las prescripciones técnicas a través de un orden para su establecimiento; en términos de rendimiento o de exigencias funcionales y mediante una combinación de ambos criterios. La utilización de normas nacionales puede limitar en gran medida el acceso de los contratistas no nacionales, por ello la Directiva 2004/18/CE prevé que los poderes adjudicadores recurran a una definición de las especificaciones técnicas por referencia a las normas o acuerdos técnicos europeos, sin perjuicio de las reglas técnicas nacionales obligatorias, siempre que sean compatibles con el Derecho Comunitario. Así, una primera forma de definir las especificaciones técnicas es por referencia a ciertas normas que las contengan de acuerdo con el siguiente orden de prelación: especificaciones técnicas nacionales que incorporen normas europeas; documentos de idoneidad técnica europeos; especificaciones técnicas comunes; normas internacionales; otros sistemas de referencias técnicas elaboradas por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, nor-

¹²³ El Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo, concreta que “ la estipulación de las condiciones especiales de ejecución ha de corresponder al pliego y, más en concreto, al de cláusulas administrativas particulares, toda vez que estas condiciones de ejecución no pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas, según establece la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales en dichos contratos, de 15 de octubre de 2001”.

¹²⁴ La LCSP establece algunas previsiones específicas relativas al incumplimiento de las prescripciones técnicas por parte del contratista. En relación al contrato de obras, el artículo 218. 2 determina sus efectos; en el contrato de suministro, los artículos 268.1 y 273.2; en el contrato de servicios, el artículo 283.1; y en el contrato de concesión de obra pública, el artículo 227. Véase BARRERO RODRÍGUEZ C., “la resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *RAP* nº 176, 2008, págs. 89-113.

mas nacionales, o documentos de idoneidad técnica nacionales¹²⁵, etc. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no pueden mencionar una fabricación o procedencia determinada¹²⁶ o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, patente, o producto con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos¹²⁷.

Por último, Los órganos de contratación no pueden ser los autores de las normas técnicas ni desempeñar tareas de normalización u homologación, dichas facultades corresponden a los órganos legalmente reconocidos para ello¹²⁸. No pueden concurrir a las licitaciones las empresas que hayan participado en la elaboración de las prescripciones técnicas, siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponga un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras (artículo 45.1 LCSP)¹²⁹. Nada dice el precepto del plazo de duración de esta prohibi-

¹²⁵ Ya el Libro Verde sobre la contratación pública en la Unión Europea señalaba en 1996 que las especificaciones técnicas que describen las características del objeto contractual son un elemento fundamental de los esfuerzos de apertura de la contratación pública. La utilización de normas nacionales puede limitar en gran medida el acceso de los proveedores no nacionales a estos contratos. Por ello, las directivas prevén que los poderes adjudicatarios recurran a una definición de las especificaciones técnicas por referencia a las normas o acuerdos técnicos europeos, sin perjuicio de las reglas técnicas nacionales obligatorias, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario (Comunicación de la Comisión de 27 de noviembre de 1996).

¹²⁶ La inclusión de especificaciones que indiquen fabricación o procedencia determinada queda prohibida, salvo que no pudieran definirse de otro modo que se añadirá la expresión "o equivalente" (Véase la STJCE de 17 de noviembre de 1993, que condenó al Reino de España por la redacción del entonces artículo 244 del Reglamento General de Contratos del Estado).

¹²⁷ Se prevén dos excepciones: una en el caso de que no sea posible hacer una descripción precisa e inteligible del objeto del contrato por referencia a normas técnicas o en términos de rendimiento (artículo 101.3 y 4 LCSP), otra, en los contratos de suministro de material para mantenimiento, repuesto o reemplazo de equipos ya existentes (artículo 70 del RGLCAP).

¹²⁸ A efectos de acreditación por los licitadores del cumplimiento de las prescripciones técnicas, se entenderá por organismo técnico oficialmente reconocido a aquellos laboratorios de ensayos y organismos de inspección y certificación que hayan sido oficialmente reconocidos por las Administraciones públicas en el ámbito de sus respectivas competencias. Los órganos de contratación deben aceptar los certificados expedidos por organismos reconocidos en otros Estados miembros. El Real Decreto 220/1995 aprueba el Reglamento para la calidad y seguridad industrial y regula los organismos de normalización.

¹²⁹ De acuerdo con la teoría de la excepcionalidad de la nulidad radical en el Derecho Administrativo, esta causa de prohibición para contratar que establece el artículo 45.1 LCSP, no apa-

ción que por su naturaleza ha de entenderse que subsistirá en tanto las licitaciones se realicen utilizando las especificaciones técnicas en cuya elaboración haya participado la empresa. Esta prohibición debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo¹³⁰

Artículo 102 LCSP: condiciones especiales de ejecución del contrato¹³¹

Como hemos visto anteriormente, el Derecho Comunitario ha admitido paulatinamente la introducción de criterios cualitativos –no estrictamente económicos– para atender diversas exigencias de tipo social y medioambiental¹³². Las consideraciones de este tipo pueden incorporarse con limitaciones en la fase de adjudicación, y de modo más amplio en el momento de ejecución del contrato¹³³. El artículo 102 LCSP señala que los órganos de contrata-

rece recogida en el artículo 32 donde se enumeran las causas de nulidad radical o de pleno derecho de los contratos, dicho precepto se refiere exclusivamente al artículo 49.1 LCSP, por lo que el vicio de legalidad que pueda suponer no respetar esta prohibición dará lugar a la anulabilidad del contrato, según establece el artículo 33 LCSP.

¹³⁰ El artículo 45.1 de la LCSP establece que sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hayan participado en la elaboración de las especificaciones técnicas, siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras. La salvedad a la inaplicación de esta regla en los casos de adjudicación mediante diálogo competitivo, no deriva de la Directiva 2004/18/CE y el Consejo de Estado propuso en el dictamen 514/2006 que debería suprimirse, lo que no ha sido acogido por el legislador.

¹³¹ Este artículo es el primero que admite la posibilidad de introducir aspectos sociales y medio ambientales en la contratación pública, integrándolos en fase de ejecución contractual, de aplicación exclusiva para los contratos celebrados por las Administraciones públicas.

¹³² Desde la STJCE *Beentjes* de 1988, la posibilidad de introducir condiciones especiales en la ejecución del contrato ha sido aceptada por la jurisprudencia. Sin embargo, este instrumento ha sido muy poco utilizado por los Estados miembros, quizás debido al desconocimiento del poder adjudicador o a la inseguridad respecto de los límites de esta figura que hasta ahora ha sido perfilada por la jurisprudencia comunitaria.

¹³³ El artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE determina que los poderes adjudicadores pueden exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que estas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato pueden referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental. Su considerando 33 especifica la compatibili-

ción pueden establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato¹³⁴. De ahí que la regulación relativa a la introducción de este tipo de condiciones encuentre su sede en la preparación del contrato, específicamente, en los artículos dedicados a los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas¹³⁵.

Este reconocimiento expreso de la posibilidad de aplicar criterios sociales en la fase de ejecución del contrato proporciona un plus importante de seguridad jurídica, pues, hasta ahora se reconducía al principio de libertad de pactos. Ya no habrá inconveniente alguno en establecer criterios objetivos de ejecución como exigir a una empresa adjudicataria la contratación de personas con discapacidad, parados de larga duración, jóvenes sin empleo, víctimas de la violencia de género, etc. Únicamente es necesario que tales condiciones de ejecución sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación, en el pliego y en el contrato. Y basta en principio con que los licitadores se comprometan, al entregar su oferta, a cumplir el requisito previsto en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado, de forma que la oferta de un licitador que no acepte tal obligación no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría, por tanto, ser seleccionada. Por esta misma razón, en caso de incumplimiento de los requerimientos establecidos, el órgano de contratación puede optar por resolver la contratación o por imponer penalidades, según disponga el pliego¹³⁶.

dad de estas condiciones cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y pueden tener por objeto favorecer el empleo de personas con especiales dificultades de inserción laboral, combatir el paro o proteger el medio ambiente.

¹³⁴ El Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo de 2006, sugiere que la estipulación de estas condiciones han de corresponder al pliego y, más en concreto, al de cláusulas administrativas particulares, toda vez que estas condiciones de ejecución no pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas.

¹³⁵ La oferta de un licitador que no acepte el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría ser seleccionada. En cambio, no puede exigirse que se cumplan esas condiciones a efectos de la presentación de la oferta (criterio de admisión).

¹³⁶ PÉREZ-ILLZARBE J.A., "Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público", *Zerbitzuan*, nº 40, 2006, pág. 29; LESMES ZABALEGUI S., "Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral", *Lan Harremanak*, nº 13, 2005, pág. 81.

Las condiciones de ejecución pueden referirse a consideraciones de tipo social con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, combatir el paro, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer, favorecer la formación laboral y profesional, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado CE¹³⁷. La introducción de estas condiciones debe respetar las garantías de publicidad, concurrencia y transparencia y, en particular, no pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas, ni deben referirse tampoco a la comprobación de la actitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica, o a los criterios de adjudicación.

Para garantizar el cumplimiento de las condiciones especiales la LCSP prevé distintas medidas: a) el establecimiento de penalidades conforme a lo previsto en el artículo 196.1 para el caso de su incumplimiento; b) la atribución de obligaciones contractuales esenciales, de modo que su incumplimiento pueda ser considerado como causa de resolución del contrato (artículo 206 apartado g); c) cuando el incumplimiento de estas condiciones especiales no se tipifique como causa de resolución del contrato, podrá ser considerado, en los términos que se establezcan en el pliego o en el documento contractual como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 49.2 e¹³⁸. Es decir, de no haberse considerado como obligaciones esenciales a los efectos de la posible resolución del contrato, el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución será una circunstancia que impedirá a los empresarios contratar con las Administraciones públicas, siempre que el incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de confor-

¹³⁷ “Los Estados miembros y la Comunidad se esforzarán por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable, y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo 2 del TUE y en el artículo 2 del presente Tratado” (artículo 125 Tratado CE).

¹³⁸ La consecuencia prevista es la prohibición para contratar con las Administraciones públicas de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 de la LCSP, que requiere la previa declaración de su existencia por la Administración contratante. No podrá declararse si han transcurrido más de tres meses desde que se produjo el incumplimiento, y la prohibición no puede exceder de un año de duración.

midad con las disposiciones de desarrollo de la LCSP¹³⁹, y, concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario.

La interpretación de los artículos 102, 49.2 e y 206 g de la LCSP plantea algunas dudas sobre la definición de los incumplimientos como infracciones graves en los pliegos, de conformidad con las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la LCSP. ¿Puede un reglamento o el órgano de contratación tipificar como grave una infracción sin que previamente una Ley la haya considerado como tal? ¿Ayuda a la seguridad jurídica que el órgano de contratación de forma facultativa y al azar elija en cada caso la medida a adoptar para hacer frente al incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución? ¿Se debe establecer una misma reacción cuando medie dolo o culpa del empresario en el incumplimiento que cuando medie una simple negligencia?

Artículo 134 LCSP: criterios de valoración de las ofertas

Hasta ahora la regulación de los criterios de adjudicación del TRLCAP seguía la tradicional distinción entre subasta y concurso como formas de adjudicación del contrato. La actual regulación de la LCSP prescinde de esta denominación introduciendo el concepto de “oferta económicamente más ventajosa” que sigue ligada o bien al precio como único criterio de selección del contratista, o bien a varios criterios objetivos. Por tanto, La expresión que utiliza la LCSP, “oferta económicamente más ventajosa” remite a los criterios que el órgano de contratación ha de tener en cuenta para valorar las ofertas de los licitadores en los diferentes procedimientos contractuales, ya se utilice un único criterio como en la antigua subasta, o se considere una multiplicidad de ellos como en el concurso¹⁴⁰. Cuando se utilice un único criterio de valoración, la LCSP exige que éste sea, necesariamente, el del precio más bajo.

¹³⁹ El Consejo de Estado sugirió en el Dictamen 514/2006 que se suprimiera la facultad que otorga al órgano de contratación de definir el incumplimiento como infracción grave en el pliego (artículo 102.2 último inciso). Sin embargo, el legislador ha optado por remitir su concreción al posterior desarrollo reglamentario, deslegalizando una materia reservada a la Ley.

¹⁴⁰ El concepto de “oferta económicamente más ventajosa” que utiliza la LCSP es más amplio que el utilizado en la Directiva 2004/18/CE, pues engloba tanto a una multiplicidad de criterios de valoración, como al criterio del “precio más bajo” que dicha Directiva distingue de ese concepto. Cuando la Directiva se refiere a la “oferta económica más ventajosa” nos está indicando que la adjudicación del contrato se realizará teniendo en cuenta varios criterios, al dejar fuera de este concepto los casos en los que el contrato es adjudicado valorando exclusivamente “el precio más bajo”.

El artículo 134.1 de la LCSP señala que la determinación de la oferta económicamente más ventajosa debe atender a criterios objetivos directamente vinculados al objeto del contrato como la calidad, el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, etc. Como vemos la LCSP menciona algunos de los requisitos que han de reunir los criterios sociales para ser admitidos como criterios de adjudicación: a) que respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato; b) que estas necesidades sean propias de categorías de población especialmente desfavorecidas y c) que a tales categorías pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar¹⁴¹. Han de tratarse de criterios objetivos que además de estar vinculados al objeto del contrato han de figurar en el anuncio de licitación, en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo del contrato, y deberán ser criterios de valoración técnica de las ofertas y no de la solvencia de los empresarios o contratistas¹⁴².

¹⁴¹ El artículo 53.1 de la Directiva 2004/18/CEE que regula la valoración de las ofertas no menciona de forma expresa a los aspectos sociales pero sí los incluye en su exposición de motivos y en los considerandos. En concreto, el considerando 1º especifica que la presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifican las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental y 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. Por ello, si por criterios sociales entendemos aquellos que permitan evaluar la calidad de un servicio destinado a personas desfavorecidas, el Derecho comunitario los aceptaría, dado que contribuyen a seleccionar la oferta económica más ventajosa a tenor de lo previsto en la Directiva 2004/18/CE. Por el contrario, no serían conformes al Derecho comunitario la introducción de criterios de adjudicación ajenos al objeto del contrato por los que se valoraran favorablemente a los licitadores que empleen a una determinada categoría de personas o apliquen un programa de promoción de igualdad de oportunidades.

¹⁴² El Informe de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa 11/1999, de 30 de junio, manifiesta que si bien las finalidades de las denominadas cláusulas sociales son perfectamente atendibles y deben merecer medidas concretas en el ordenamiento jurídico, no pueden articularse como requisitos para la celebración de contratos o como criterios para la adjudicación de los mismos.

Para determinar los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato, el artículo 134 de la LCSP señala que debe darse prioridad a los criterios que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes, sobre los criterios cuya valoración dependa de un juicio de valor: “se ha de dar preponderancia a los criterios que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”. No obstante, cuando se siga un procedimiento abierto o restringido y se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, debe constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres expertos con cualificación apropiada, no integrados en el órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a criterios de apreciación subjetiva, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos. Ahora bien, esta posibilidad está sometida a los siguientes límites: 1º) únicamente regirá para los procedimientos abiertos y restringidos; 2º) ha de constar en el anuncio o en los pliegos; 3º) se ha encomendar su valoración a un comité de expertos; 4º) la valoración deberá realizarse de forma previa a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas y dejando constancia documental de ello.

Cuando se tome en consideración más de un criterio, debe precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que puede expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases se debe indicar en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo. Cuando por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, estos se deben enumerar por orden decreciente de importancia. Los criterios elegidos y su ponderación deben indicarse en el anuncio de licitación.