



PROPUESTAS DEL SECTOR SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD REPRESENTADO POR EL CERMI AL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE MARZO 2015 ELABORADO POR EL MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Las presentes propuestas que aquí se reseñarán versan especialmente sobre cláusulas sociales y tienen en cuenta de manera muy especial las últimas directivas sobre contratación pública aprobadas por la Unión Europea, y publicadas en fecha 28 de marzo de 2014 en el Diario Oficial de la Unión Europea (DUE), y más en concreto, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, así como la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Ya en la misma Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública se indica en su considerando 3 (y similar referencia debía hacerse en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de LCSP que se está analizando) que *“al aplicar la presente Directiva debe tenerse en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en particular en relación con la elección de medios de comunicación, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución del contrato”*.

A esos efectos, el presente informe se centrará en evacuar diferentes propuestas de cláusulas sociales, de cara a su incorporación en el presente Anteproyecto de LCSP, dado que si bien han sido incluidos algunos aspectos que seguidamente se reseñarán, resulta muy necesaria la incorporación de otros todavía no incluidos, y que tienen plena cobertura legal en las Directivas citadas que ahora deben transponerse al Derecho nacional, por lo que su inclusión en este Anteproyecto resulta del todo imprescindible a tenor de esas mismas Directivas.

Procedemos ya a analizar dichas cláusulas sociales que ahora se proponen, reseñando cuales estaban ya en la anterior normativa y deben por eso mantenerse, y cuáles proponemos que sean introducidas o modificadas para cumplimentar los objetivos de contratación marcados por la propia UE. Igualmente se indicará si alguno de estos aspectos ha sido ya regulado de alguna manera en este Anteproyecto.

1.- Prohibiciones de contratar con el sector público/Motivos de exclusión.

A efectos clarificadores debemos indicar que lo que son consideradas prohibiciones de contratar en nuestra normativa nacional viene siendo tratado en gran medida como motivos de exclusión en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del

Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública (en concreto, en sus artículos 56 y ss.).

Regulación actual:

El actual artículo 60.1.c) del TRLCSP en su apartado c) establece la prohibición para contratar con el sector público a las entidades sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral así como en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social relacionadas con la discapacidad.

Concretamente el artículo 60.1 c) del TRLCSP establece que no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

“Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o por infracción muy grave en materia social (...).”

Este precepto supone la imposibilidad para contratar con cualquier organismo de carácter público, con todo lo que ello puede llevar consigo, a todas aquellas empresas que sean sancionadas con carácter firme por infracción grave por incumplir las citadas disposiciones en materia de integración laboral y de no discriminación e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

Regulación del nuevo Anteproyecto LCSP de marzo 2015:

En el presente Anteproyecto de LCSP que se está analizando este aspecto se regula en su art. 71 sobre prohibiciones de contratar y en concreto en el apartado b). Pero se ha de indicar que la regulación que se propone en tal Anteproyecto es mucho peor que como se encontraba regulado en el art. 60.1 c) del TRLCSP. Efectivamente, la regulación del Anteproyecto es la siguiente:

“No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley (...) las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia medioambiental, social, laboral, profesional o de falseamiento de la competencia, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente”.

Como observamos, en este Anteproyecto se han omitido las palabras “*en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad*” para sustituirlas con un muy genérico “*en materia social*”.

Como puede suponerse, esto significaría un paso atrás en la defensa de los derechos específicos de las personas con discapacidad, cuando ha costado mucho tiempo haber conseguido que se incluya tal mención expresa. Ante ello si quiere incluirse las palabras en materia social, no hay objeción alguna, lógicamente, pero nunca si ello es a costa de quitar y suprimir la mención expresa a las personas con discapacidad. Podrían mantenerse ambas redacciones.

Nueva propuesta:

Entendemos que esa prohibición de contratar que acaba de ser citada y que comprende una generalidad de posibles infracciones, deberá mantenerse de una manera similar a la vigente LCSP en la nueva normativa y no suprimiendo, como acabamos de ver, la mención expresa a las personas con discapacidad.

Ante ello se propondría la siguiente redacción:

“Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia medioambiental, social, laboral, profesional, de falseamiento de la competencia o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente”

En todo caso, con independencia de lo anterior, consideramos que también debe incluirse una nueva prohibición de contratar o motivo de exclusión más específico. Efectivamente, consideramos que al igual que ocurre con las obligaciones tributarias y de la seguridad social, en las que supone directamente una prohibición de contratar no hallarse al corriente en el cumplimiento de las mismas, debe recogerse otro supuesto referido a las empresas de 50 o más trabajadores que no cumplan con la cuota de reserva del 2% de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

Podría tener la siguiente redacción este motivo expreso de exclusión o prohibición de contratar con el sector público:

“No hallarse al corriente, por parte de las empresas de 50 o más trabajadores, del cumplimiento de la obligación de cumplir con la cuota de reserva del 2% de puestos de trabajo para personas con discapacidad o con sus medidas alternativas, prevista en el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, apreciándose este motivo directamente por los órganos de contratación y subsistiendo mientras concorra dicha circunstancia. A efectos de apreciar la existencia o inexistencia de este motivo se debe aportar por los licitadores un certificado de la propia empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas, todo ello sin perjuicio de la posible comprobación de estos extremos por los órganos de contratación”.

Justificación:

Tanto el Dictamen INT/570, Mercado Europeo de los contratos públicos, relativo al “Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”, aprobado por el Pleno del Comité Económico y Social Europeo en fecha 13 de julio de 2011, como también el Dictamen INT/624-625-626, “Contratación pública y contratos de concesión”, relativo a las propuestas de Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública, aprobado igualmente por el Pleno del Comité Económico y Social Europeo en fecha 26 de abril de 2012, indican de forma literal

(apartado 5.12 del INT/570 y apartado 4.31 del INT/624-625-626) que “en relación con las competencias en materia de contratación pública, sería conveniente **obligar a los poderes adjudicadores a asegurarse de que los licitadores satisfacen las normas sociales relacionadas con la integración de las personas con discapacidad, dado que sería contrario a la normativa europea y nacional que las autoridades públicas suscribieran contratos con entidades que no respetan la legislación en vigor.**” Añadiéndose en el segundo Dictamen que “además, **de lo contrario se estaría produciendo un trato discriminatorio e injusto con las empresas que sí cumplen tal obligación legal; y se estaría otorgando una ventaja arbitraria a quienes no cumplen la misma, pudiendo ello generar incluso una competencia desleal** de las empresas no cumplidoras hacia las efectivamente cumplidoras”.

Sin olvidar que también se reseña (apartado 5.13 del INT/570 y apartado 4.30 del INT/624-625-626) que “**sería necesario exigir expresamente una declaración a los licitadores señalando que cumplen las disposiciones aplicables en cada Estado en materia de inserción laboral de las personas con discapacidad, como, por ejemplo, la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad en aquellos países en los que existe dicha obligación jurídica**”.

De igual manera se indica en el Dictamen INT/624-625-626 (apartado 4.26) en relación con los motivos de exclusión, que “**debería contemplarse expresamente, porque resulta evidente que debe ser así, que también puedan ser excluidos cuando no cumplan la normativa nacional de cada Estado miembro, según el caso, en materia social, laboral o medioambiental (...). En todo caso el CESE considera que estas exclusiones por dichos motivos deberían ser obligatorias.**”

Y precisamente tras estos Dictámenes se indica claramente en el artículo 57 “motivos de exclusión”, apartado 4, de la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, que ahora nos ocupa:

“4. Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones:

a) cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio apropiado que se han incumplido obligaciones aplicables en virtud del artículo 18, apartado 2”.

Y recordamos que dicho artículo 18.2 de la nueva Directiva indica de manera muy específica que:

“Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X.”

De igual manera también resulta esencial a la hora de valorar e interpretar este artículo, hacer mención a los considerandos 37, 39 y 40 de la misma nueva Directiva, en especial cuando indican que el control del cumplimiento de dichas disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales

aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, y al aplicar los criterios de exclusión:

(37) En aras de una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública, resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre que dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión. Del mismo modo, las obligaciones derivadas de acuerdos internacionales ratificados por todos los Estados miembros y enumerados en el anexo X deben aplicarse durante la ejecución del contrato. Sin embargo, ello no debe impedir en modo alguno la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores. (...)

(39) Las respectivas obligaciones podrían reflejarse en cláusulas contractuales. También debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión, en los contratos públicos. El incumplimiento de las respectivas obligaciones podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público.

(40) El control del cumplimiento de dichas disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas. La necesaria verificación a tal efecto ha de efectuarse con arreglo a las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado.

2.- Acreditación a efectos de la normativa de contratación pública del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

La actual propuesta que ahora se efectúa, se hace con independencia de la propuesta anterior sobre la inclusión de este aspecto como una prohibición de contratar/motivo de exclusión, sin que esté ni mucho menos una subordinada a la otra. Y ello, por un lado, en cuanto la presente propuesta es una mera y leve modificación de un precepto que ya se encuentra regulado en el TRLCSP; y, por otro, porque ambas propuestas son perfectamente compatibles y complementarias.

A efectos clarificadores recordar que el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, ha procedido a la derogación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), encontrándose ahora regulada la obligación del 2% de trabajadores con discapacidad en

el artículo 42.1 del citado RDL 1/2013 (previamente se encontraba regulada en el artículo 38 LISMI). En este sentido las menciones que la actual normativa hace a la LISMI deben entenderse lógicamente referidas a la nueva regulación por RDL 1/2013.

Regulación actual:

La Disposición adicional cuarta, apartado 1, del TRLCSP prevé (imperativamente) que los órganos de contratación ponderen cuando ello sea obligatorio que los licitadores cumplen lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

Pero a su vez establece la posibilidad (potestativo) de que los órganos de contratación exijan que esos licitadores acrediten el cumplimiento de lo establecido en tal Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

En este sentido la actual Disposición adicional cuarta del TRLCSP, denominada “*Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro*”, determina:

“1. Los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

A tal efecto y en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas.”

Esta cláusula, que en todo caso consideramos esencial, figuraba en el artículo 70 bis de la anterior Ley de Contratos del Sector Público, y había sido incorporada tras muchos esfuerzos, mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Dicho artículo 70 bis LCSP (no como ahora, que se recoge en una Disposición Adicional) estaba integrado en la Sección correspondiente a la solvencia y acreditación de los licitadores para contratar. En concreto, en el Título II “Partes del contrato”, Capítulo II “Capacidad y Solvencia del empresario”, Sección Segunda “Acreditación de la aptitud para contratar”, Subsección 3ª “Solvencia.”

En cambio en el TRLCSP ha pasado a formar parte de un apartado (concretamente el punto 1) de la Disposición Adicional Cuarta del Texto Refundido, cuyo título además no se corresponde realmente con lo regulado en ese apartado 1.

En este sentido consideramos que aunque el contenido no haya cambiado, la remisión del anterior artículo 70 bis a un actual apartado de una Disposición Adicional resulta

perjudicial, y no se corresponde con lo que había establecido el legislador al dictar la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El legislador a través de la citada Ley 26/2011, de 1 agosto, quiso que la redacción del citado artículo se introdujera en la Ley de Contratos del Sector Público, a través de un artículo específico -no en un apartado de una Disposición Adicional-. Y que ese artículo específico 70 bis, se integrara en el Título II “Partes del contrato”, Capítulo II “Capacidad y Solvencia del empresario”, Sección Segunda “Acreditación de la aptitud para contratar”, Subsección 3ª “Solvencia.”

Con la importancia que esta localización podría tener al relacionar los requisitos de solvencia con otros posibles apartados de la normativa de contratos, como por ejemplo, y entre otros, los actuales artículos 54, 60.1 e), 62 o 146, por citar algunos.

Por ende es evidente que, tal vez sin intención, pero lo anterior ha sido alterado por el actual TRLCSP al remitirlo a un apartado de una Disposición Adicional.

Y esta alteración consideramos que es perjudicial, y no sólo porque ahora este precepto resulta menos visible que cuando se encontraba en el propio articulado de la LCSP, lo que le resta una cierta importancia y significación, también en su vertiente formal, sino porque podría alterar la posible aplicación de otros preceptos vinculados, según hemos reseñado.

Asimismo y a mayor abundamiento hay que indicar que el título de la Disposición Adicional cuarta del TRLCSP en la que se encuadra, no se corresponde realmente con lo establecido en su punto 1. Efectivamente, el título de dicha disposición “*Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro*”, no se corresponde con lo establecido en el apartado 1, ya que este apartado no se refiere a empresas que tienen en su plantilla a personas con discapacidad sino a la acreditación de que las empresas licitadoras cumplan con lo establecido en la Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos.

De igual manera tampoco corresponde a la realidad el título recogido en la actual redacción del Anteproyecto de LCSP, como seguidamente veremos.

Por tanto, y en conclusión, la nueva normativa debería incluir este precepto dónde se encontraba antes del TRLCSP, esto es, dentro del Capítulo o Sección que venga referido a la “Capacidad y Solvencia del empresario” y a la acreditación de dicha capacidad y solvencia (y no en una Disposición Adicional).

Regulación del nuevo Anteproyecto LCSP de marzo 2015:

La redacción a la que nos estamos refiriendo se recoge en el nuevo Anteproyecto de LCSP de una manera similar a la actual, si bien se hace en la Disposición Adicional Decimoctava “Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad”. Su redacción es la siguiente:

“1. Los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en relación con la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

A tal efecto y en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas.”

Nueva propuesta:

Como acabamos de mencionar, la nueva normativa debería incluir este precepto dónde se encontraba antes del TRLCSP, esto es, dentro del Capítulo o Sección que venga referido a la “Capacidad y Solvencia del empresario” y a la acreditación de dicha capacidad y solvencia (y no en una Disposición Adicional).

No obstante, con independencia de esa propuesta de que dicho precepto vuelva al lugar de la Ley dónde se encontraba (esto es, dentro del Capítulo o Sección que venga referido a la “Capacidad y Solvencia del empresario” y a la acreditación de dicha capacidad y solvencia), lo que se propone ahora es modificar en todo caso el contenido (y no sólo el lugar) de esa actual Disposición Adicional cuarta, en su apartado 1, del TRLCSP (y de la propuesta que se hace en la DA decimioctava del nuevo Anteproyecto de LCSP) proponiendo su sustitución por la siguiente redacción:

“En todas las licitaciones públicas se exigirá a los licitadores la acreditación de que cumplen lo dispuesto en el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, respecto a la obligación de contar con un 2 por 100 de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

A tal efecto, los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas, todo ello sin perjuicio de la posible comprobación de estos extremos por los órganos de contratación”.

Justificación:

Lo que se propone seguidamente es que los órganos de contratación administrativa exijan la acreditación del cumplimiento de la norma que obliga a las empresas de 50 o más trabajadores tener contratados un 2 por 100 de trabajadores con discapacidad o

alguna de las medidas alternativas previstas en el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social

Efectivamente, ya hemos visto como en la actual redacción del apartado 1 de la Disposición Adicional cuarta del TRLCSP y en la regulación que se propone en la DA 18ª del borrador de Anteproyecto de LCSP, se indica de manera similar que *“los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en relación con la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.”* Añadiéndose que *“a tal efecto y en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares **podrán incorporar** en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste (...).”*

En todo caso entre estos dos párrafos ya se aprecia una cierta contradicción dado que por un lado se indica obligatoriamente que los órganos de contratación ponderarán en los supuestos en que ello sea obligatorio el cumplimiento de esa obligación, pero luego en el segundo párrafo se reseña que a tal efecto “podrán incorporar”. Esto es, al principio se marca como obligatorio y luego como potestativo.

Con esta medida se estaba pretendiendo, a tenor de lo expuesto en la propia Exposición de Motivos de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a través de la cual se introdujo la mencionada medida en la Ley de Contratos del Sector Público, promover una mayor contratación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario, lo que significaba un importantísimo y muy buscado logro en la defensa de las personas con discapacidad.

No obstante, no ha dado el resultado buscado, lo que obedece básicamente a que, según observamos, y a pesar de la similitud de las dos redacciones, la opción que los órganos de contratación exijan que esos licitadores acrediten el cumplimiento de lo establecido en tal Real Decreto Legislativo 1/2013, se prevé en la actualidad (aunque ya hemos visto que de una manera bastante contradictoria) como una posibilidad, esto es, de manera potestativa, y no tanto obligatoria, como se pretende ahora para despejar todo tipo de dudas, ya que actualmente esta previsión nos parece por su redacción algo confusa y no completamente vinculante, pues parece que solo permite, pero no obliga, a los órganos de contratación.

Ello ha venido derivando en que sea una medida que no está llegando a implementarse de manera general, cuando en cambio sí nos encontramos con una obligación imperativa legal, aunque ésta venga tradicionalmente incumpléndose, o, al menos, no cumpliéndose de la manera obligada.

Por ende, en la actualidad el cumplimiento de esta medida del 2% es muy inferior a lo que debía ser. Ante este gran incumplimiento existente de esta obligación legal (actualmente se entiende que el grado de cumplimiento de dicha cuota no sólo no llega al preceptivo 2% sino que se encuentra entre el 0,5% y el 1%) se consideraba necesario

establecer por vía legal la imperiosa exigencia de acreditar, en su caso, el puntual cumplimiento de la normativa vigente en materia de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad o de la aplicación de medidas alternativas de carácter excepcional. Sólo su carácter obligatorio en la propia legislación de contratos públicos hará que pueda ser real y efectivamente aplicada.

Al igual que se exige en esa misma normativa que se acredite el cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental creemos que con mucho más motivo debe exigirse el cumplimiento de esta obligación de naturaleza laboral. Esta medida resulta además plenamente lógica ya que se entiende que la Administración no debe tener contrato alguno con quien infringe la regulación legal vigente y aplicable.

Siendo importante reiterar que, como bien sabemos, esta medida no crea ni añade ninguna obligación que no exista ya previamente, ni tampoco supone ningún gasto para las Administraciones Públicas ni para las propias empresas. Lo único que hace es recordar una obligación legal previamente existente y prever medidas para que dicha obligación legal, imperativa y exigible desde hace años en nuestro país (primero con el art. 38.1 de la antes citada Ley 13/1982, de 7 de abril; y actualmente con el art. 42.1 del citado RDL 1/2013), sea efectivamente cumplida.

De lo contrario, se estaría produciendo, además, un trato discriminatorio e injusto con las empresas que sí cumplen tal obligación legal; y se estaría otorgando una ventaja arbitraria a quienes no cumplen la misma, pudiendo ello generar incluso una competencia desleal de las empresas no cumplidoras hacia las efectivamente cumplidoras.

Pero es que, a mayor abundamiento de todo lo anterior, esta inclusión de manera imperativa es todavía en este momento actual más oportuna y necesaria que nunca, como ya pudimos comprobar en un momento previo de este escrito, en cuanto a la misma ya se refieren tanto el Dictamen INT/570, Mercado Europeo de los contratos públicos, relativo al “Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”, aprobado por el Pleno del Comité Económico y Social Europeo en fecha 13 de julio de 2011, como también el Dictamen INT/624-625-626, “Contratación pública y contratos de concesión”, relativo a las propuestas de Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública, sobre contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y sobre la adjudicación de contratos de concesión, aprobado igualmente por el Pleno del Comité Económico y Social Europeo en fecha 26 de abril de 2012.

Ambos Dictámenes suponen un nuevo espaldarazo en la posición de la Comunidad Europea sobre la conveniencia de incluir importantes cláusulas sociales en la contratación pública. En tales Dictámenes destaca a los efectos que nos ocupan la clara recomendación del Comité Económico y Social Europeo para que se exijan declaraciones firmadas de las mismas empresas (como serían certificados o declaraciones responsables de la propia empresa) avalando su cumplimiento con las disposiciones legislativas nacionales pertinentes, justamente en un ámbito como el social, relativo al cumplimiento del requisito legal de tener un 2% de trabajadores con discapacidad en las plantillas de las empresas de 50 o más trabajadores. Y que en

cambio se limiten los certificados oficiales, todo ello precisamente en aras de reducir la burocracia innecesaria.

Recordamos como en dichos Dictámenes se indica de forma literal (apartado 5.12 del INT/570 y apartado 4.31 del INT/624-625-626) que “en relación con las competencias en materia de contratación pública, **sería conveniente obligar a los poderes adjudicadores a asegurarse de que los licitadores satisfacen las normas sociales relacionadas con la integración de las personas con discapacidad, dado que sería contrario a la normativa europea y nacional que las autoridades públicas suscribieran contratos con entidades que no respetan la legislación en vigor.**” Añadiéndose en el segundo Dictamen que “además, **de lo contrario se estaría produciendo un trato discriminatorio e injusto con las empresas que sí cumplen tal obligación legal; y se estaría otorgando una ventaja arbitraria a quienes no cumplen la misma, pudiendo ello generar incluso una competencia desleal de las empresas no cumplidoras hacia las efectivamente cumplidoras**”.

Sin olvidar que también se reseña (apartado 5.13 del INT/570 y apartado 4.30 del INT/624-625-626) que “**sería necesario exigir expresamente una declaración a los licitadores señalando que cumplen las disposiciones aplicables en cada Estado en materia de inserción laboral de las personas con discapacidad, como, por ejemplo, la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad en aquellos países en los que existe dicha obligación jurídica**”.

De igual manera se indica en el Dictamen INT/624-625-626 (apartado 4.26) en relación con los motivos de exclusión, que “**debería contemplarse expresamente, porque resulta evidente que debe ser así, que también puedan ser excluidos cuando no cumplan la normativa nacional de cada Estado miembro, según el caso, en materia social, laboral o medioambiental (...). En todo caso el CESE considera que estas exclusiones por dichos motivos deberían ser obligatorias.**”

No puede haber más garantías sobre la necesidad de que se prevea de forma obligatoria, y no meramente potestativa, la exigencia a los órganos de contratación para que exijan a los licitadores que acrediten (mediante un mero certificado de la misma empresa) el cumplimiento de la obligación de contar con un 2 por 100 de trabajadores con discapacidad o de adoptar las medidas alternativas correspondientes.

Además, tampoco queremos dejar de indicar que no podemos olvidar que con esta medida se estaría cumpliendo la Proposición no de Ley aprobada en fecha 28 de abril de 2010 por el Congreso de los Diputados, en la que se instaba al Gobierno a que promoviera las medidas necesarias, a fin de que la Administración General del Estado estableciera como requisito para la adjudicación de contratos públicos y para la concesión de subvenciones, que las empresas licitantes, colaboradoras o beneficiarias acrediten previamente el cumplimiento de la obligación de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad, el de las medidas alternativas de carácter excepcional, o que se encuentran dentro de los supuestos que amparan la exención legal de dicho cumplimiento.

Por último y de cara a reforzar que esta propuesta que ahora se lleva a cabo viene igualmente obligada por la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del

Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, debemos traer a colación su artículo 18.2:

“Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X.”

Reseñando también a esos mismos efectos el artículo 56.1, 2º párrafo, de la misma Directiva:

“Los poderes adjudicadores podrán decidir no adjudicar un contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa cuando hayan comprobado que la oferta no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2.”

De igual manera también resulta esencial a la hora de valorar e interpretar estos artículos, hacer mención a los considerandos 37, 39 y 40 de la misma nueva Directiva, en especial cuando indican que el control del cumplimiento de dichas disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas:

(37) **En aras de una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública, resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre que dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión. Del mismo modo, las obligaciones derivadas de acuerdos internacionales ratificados por todos los Estados miembros y enumerados en el anexo X deben aplicarse durante la ejecución del contrato. Sin embargo, ello no debe impedir en modo alguno la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores.**
(...)

(39) **Las respectivas obligaciones podrían reflejarse en cláusulas contractuales. También debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión, en los contratos públicos. El incumplimiento de las respectivas obligaciones podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público.**

(40) **El control del cumplimiento de dichas disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas. La necesaria verificación a tal efecto ha de efectuarse con arreglo a las disposiciones**

pertinentes de la presente Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado.

Ante estas disposiciones de la propia Directiva que debe trasponerse en nuestro país, resultan pocas dudas sobre la clara necesidad de que efectivamente se imponga de manera obligatoria que los órganos de contratación exijan que se acredite por las empresas obligadas a ello, el cumplimiento de la obligación de contar con un 2 por 100 de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes. Además reiteramos que ya se exigía en la actual normativa de contratación pública en España si bien de una manera un tanto contradictoria a la hora de entender que la exigencia era obligatoria o potestativa para los órganos de contratación.

3.- Criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos.

Regulación actual:

El artículo 117.1 del TRLCSP determina que los criterios de accesibilidad y de diseño para todos deberán utilizarse en la definición de las prescripciones técnicas de los contratos públicos, debiendo motivar suficientemente la imposibilidad de su exigencia, en caso de que concurra tal circunstancia, continuando el mismo artículo 117 en sus sucesivos apartados con la definición de las prescripciones técnicas y otros aspectos relativos a las mismas.

Concretamente el citado artículo 117.1 del TRLCSP, denominado “Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas”, determina:

“1. Las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal 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, y, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.”

La exigencia de respetar estos criterios en las prescripciones técnicas garantiza que, al menos en la medida de lo posible, las diversas prestaciones y servicios a satisfacerse por los contratos públicos deben tener en cuenta estos criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos para ser utilizables y practicables por todas las personas y, por supuesto, especialmente por las personas con discapacidad.

Asimismo, y en relación también a los criterios de accesibilidad universal y diseño para todos, la Disposición Adicional decimoctava del TRLCSP, denominada “Garantía de accesibilidad para personas con discapacidad,” dispone:

“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 diseño 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”.

Regulación del nuevo Anteproyecto LCSP de marzo 2015:

En el Anteproyecto de LCSP que nos ocupa se recogen de manera similar estos aspectos a los que se acaba de hacer referencia. En concreto se recogen básicamente en los artículos 125.1.b), 126.3, y Disposición Adicional decimonovena, e incluso también en el 127.2, todos ellos del borrador de Anteproyecto.

Nueva propuesta:

Entendemos que en la nueva normativa de contratación pública debería mantenerse estas previsiones de similar manera a cómo se contemplan en el actual TRLCSP, al estar también en consonancia con la nueva Directiva, como seguidamente veremos. Ante ello consideramos que en el nuevo Anteproyecto está correctamente recogidos estos aspectos, pudiéndose mantener de esa manera planteada en el borrador de Anteproyecto.

Justificación:

En la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, que ahora nos ocupa, expresamente se indica en su artículo 42.1:

“Las especificaciones técnicas definidas en el anexo VII, punto 1, figurarán en los pliegos de la contratación. Las especificaciones técnicas definirán las características exigidas de una obra, un servicio o un suministro.

Esas características podrán referirse también al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este.

Las especificaciones técnicas podrán también especificar si va a exigirse la transferencia de derechos de propiedad intelectual o industrial.

Para toda contratación que esté destinada a ser utilizada por personas físicas, ya sea el público en general o el personal del poder adjudicador, las especificaciones técnicas se redactarán, salvo en casos debidamente justificados, de manera que se tengan en cuenta los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios.

Cuando se adopten requisitos imperativos de accesibilidad mediante un acto jurídico de la Unión, las especificaciones técnicas deberán definirse, en lo que respecta a los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios, por referencia a ellas.”

E igualmente se indica a esos mismos efectos los considerandos números 53 y 76:

(53) *Los poderes adjudicadores deben utilizar, salvo en determinadas situaciones específicas, medios de comunicación electrónicos que deben ser no discriminatorios, estar disponibles de forma general y ser interoperables con los productos de las TIC de uso general, y no deben restringir el acceso de los operadores económicos al procedimiento de licitación. El uso de dichos medios de comunicación debe tener asimismo debidamente en cuenta la accesibilidad de personas discapacitadas.*

(76) *Para todas las adquisiciones destinadas a ser utilizadas por personas, ya sea el público en general o el personal del poder adjudicador, es preciso que los poderes adjudicadores establezcan unas especificaciones técnicas para tener en cuenta los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios, salvo en casos debidamente justificados.*

4.- Información sobre obligaciones relativas a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad.

Regulación actual:

Se contempla en el actual artículo 119 del TRLCSP, de manera muy similar a cómo lo recoge el nuevo Anteproyecto de LCSP en su art. 129, motivo por el que no lo volvemos a reproducir en este apartado para evitar ser reiterativos.

Regulación del nuevo Anteproyecto LCSP de marzo 2015:

En el artículo 129 del borrador de Anteproyecto se incluye lo siguiente al respecto:

1. El órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato.

2. Cuando se facilite la información a la que se refiere el apartado 1, el órgano de contratación solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, y protección del medio ambiente. (...)

Nueva propuesta:

Consideramos que además de la información sobre las obligaciones que se refieren en dicho precepto, debería también incluirse la información “en materia de la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad.”

Así la redacción propuesta quedaría de la siguiente manera:

1. El órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con

discapacidad y a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato.

2. Cuando se facilite la información a la que se refiere el apartado 1, el órgano de contratación solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad, y protección del medio ambiente.

Justificación:

En aras de no repetir innecesariamente los motivos expuestos que justifican esta medida, damos por reproducidas las justificaciones ya analizadas previamente en nuestra propuesta 2, en cuanto la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad es una obligación legal, plenamente aplicable y vigente y que debe ser imperativamente cumplida.

5.- Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos.

Regulación actual:

Se contempla en el actual artículo 146 del TRLCSP, de manera parecida a cómo lo recoge el nuevo Anteproyecto de LCSP en su art. 140.1.a), si bien en el Anteproyecto se plantea que parte de la documentación que debía presentarse en el actual art. 146 TRLCSP pueda ser sustituida por una declaración responsable.

Regulación del nuevo Anteproyecto LCSP de marzo 2015:

En el artículo 140.1.a) del borrador de Anteproyecto se incluye lo siguiente al respecto:

1. En relación con la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, se observarán las reglas establecidas a continuación:

a) Las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable firmada y con la correspondiente identificación, en la que el licitador manifieste lo siguiente:

1º Que la sociedad está válidamente constituida y que conforme a su objeto social puede presentarse a la licitación, así como que el firmante de la declaración ostenta la debida representación para la presentación de la proposición y de aquélla.

2º Que cuenta con la correspondiente clasificación, en su caso, o que resulta posible justificar los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

3º Que no está incurso en prohibición de contratar. Esta declaración incluirá la manifestación de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.

4º La designación de una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones, que deberá ser “habilitada” de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta, en los casos en que el órgano de contratación haya optado por realizar las notificaciones a través de la misma. Esta circunstancia deberá recogerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

5º Para las empresas extranjeras, en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, la declaración de someterse a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.

Nueva propuesta:

Consideramos que en esa declaración responsable debe incluirse igualmente como un nuevo punto, seguido del punto 3º, lo siguiente:

3º bis Que cumple lo dispuesto en el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, respecto a la obligación de contar con un 2 por 100 de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

Justificación:

En aras de no repetir innecesariamente los motivos expuestos que justifican esta medida, damos por reproducidas las justificaciones ya analizadas previamente en nuestra propuesta 2, en cuanto la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad es una obligación legal, plenamente aplicable y vigente y que debe ser imperativamente cumplida.

6.- Criterios de adjudicación de los contratos.

Regulación actual:

El actual artículo 150 del TRLCSP permite (con la misma redacción confusa que siempre) que el órgano de contratación incluya criterios sociales como criterios de adjudicación de los contratos.

“Artículo 150. Criterios de valoración de las ofertas.

1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que

respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

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

Regulación del nuevo Anteproyecto LCSP de marzo 2015:

En el artículo 145 del borrador de Anteproyecto se regulan los criterios de adjudicación del contrato que deben estar vinculados al objeto del contrato; y en su apartado 3 se incluye al respecto como un ejemplo de “*criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta mejor relación calidad-precio, que deberá incluir en todo caso un elemento de coste-precio, previa evaluación comparativa de todas las ofertas*”, a “*las características sociales*”.

Nueva propuesta:

Entendemos que aunque la redacción del Anteproyecto pretende ser más lógica y menos enrevesada que la del actual art. 150 TRLCSP, no lo ha conseguido del todo, dado que al incorporar la frase “*criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta mejor relación calidad-precio, que deberá incluir en todo caso un elemento de coste-precio, previa evaluación comparativa de todas las ofertas*”, vuelve a crear mucha confusión (por ejemplo al reseñar que deberá incluir en todo caso un elemento de coste-precio).

De esta manera consideramos que en la nueva normativa nacional de contratación pública deberá incorporarse a la hora de regular los criterios de valoración de las ofertas un precepto similar al artículo 67 contemplado en la nueva Directiva que seguidamente se citará, incluyendo también como un posible ejemplo concreto de tales criterios de adjudicación alguno similar al indicado en el considerando 93 de la misma. Así podría incluirse “*el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato*”.

Se propone de esta manera la siguiente redacción, para sustituir al punto b) del apartado 3) del artículo 145 del nuevo Anteproyecto de LCSP:

b) Criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio, previa evaluación comparativa de todas las ofertas. Estos criterios podrán referirse, entre otros, a los siguientes aspectos:

1º. La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, como el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas vinculadas al objeto del contrato, las características medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; debiéndose entender incluidos los criterios

referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

2º La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

3º. El servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega y el plazo de entrega o ejecución.

Justificación:

A estos efectos debe tenerse en cuenta la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, que ahora nos ocupa, y especialmente su artículo 67 sobre “criterios de adjudicación del contrato” en sus tres primeros apartados:

*“1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas al precio de determinados suministros o a la remuneración de determinados servicios, **los poderes adjudicadores aplicarán, para adjudicar los contratos públicos, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa.***

*2. **La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador** se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y **podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:***

*a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, **la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras**, y la comercialización y sus condiciones;*

b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, o

c) el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución.

El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad.

Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores no tengan la facultad de utilizar solamente el precio o el coste como único criterio de adjudicación o podrán limitar la aplicación de ese criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos.

*3. **Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:***

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o

b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. (...)

También resultan muy significativos los considerandos 92 y 93 de la misma Directiva:

*“(92) Al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto. Estos criterios deben, pues, permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas. **En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales** y medioambientales. Se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades.(...)”*

*(93) Cuando disposiciones nacionales determinen la remuneración de determinados servicios o establezcan precios fijos para determinados suministros, **es preciso aclarar que sigue siendo posible evaluar la rentabilidad basándose en otros factores que no sean únicamente el precio o la remuneración. En función del servicio o producto de que se trate, dichos factores incluirían, por ejemplo,** condiciones de entrega y pago, aspectos de servicio posventa (alcance de los servicios de atención al cliente y de repuestos) o **aspectos sociales** o medioambientales (**por ejemplo** si los libros se imprimen en papel reciclado o papel de la actividad maderera sostenible, el coste se imputa a externalidades medioambientales o **si se fomenta la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato**). Dadas las numerosas posibilidades de evaluar la relación calidad-precio basadas en criterios sustantivos, es preciso evitar el recurso a la división en lotes como único medio de adjudicación del contrato.”*

7.- Criterio de desempate.

Regulación actual:

La Disposición Adicional cuarta, en su apartado 2, TRLCSP, faculta al órgano de contratación para establecer, en condiciones de igualdad, su preferencia por la contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad superior al 2%.

En sus restantes apartados 3, 4 y 5 se prevén también otras opciones para dicho criterio de desempate, si bien la que más nos ocupa en nuestro caso es lógicamente la del apartado 2.

Concretamente la citada Disposición adicional cuarta, apartados 2 a 5, prevé:

“2. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.”

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

3. Igualmente podrá establecerse la preferencia en la adjudicación de contratos, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, para las proposiciones presentadas por las empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración.

4. En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes.

5. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación”.

Regulación del nuevo Anteproyecto LCSP de marzo 2015:

En el artículo 145 del borrador de Anteproyecto, en su apartado 9, es dónde se ha incluido ahora este criterio de desempate. La principal diferencia es que en la redacción del Anteproyecto se indica que “entre otros criterios” los órganos de contratación podrán utilizar estos aquí indicados; cuando en la actual redacción de la DA 4º, apartado 2, del TRLCSP se recogían únicamente estos criterios, sin que hubiera opción a fijarse cualesquiera otros no contemplados.

A estos efectos consideramos que debería mantenerse la redacción de la DA 4º, apartado 2, del TRLCSP, para que se sigan utilizando dichos criterios de desempate antedichos y que no queden en desuso si comienza cada órgano de contratación a fijar nuevos criterios completamente diferentes a estos y que nada tengan que ver con dicho contenido social.

Nueva propuesta:

Entendemos que esta regulación deberá mantenerse de una manera similar a la actual DA 4º, apartado 2, del TRLCSP. Para ello bastaría con suprimir del art. 145.9 del Anteproyecto, segundo párrafo, las palabras “entre otros criterios”.

Justificación:

La citada Disposición Adicional cuarta, en su apartado 2 básicamente, pretende primar a las empresas que proporcionen trabajo a más personas con discapacidad, lo cual fomentará o favorecerá la contratación de éstas, pese al innegable problema de que este criterio de desempate sólo sea aplicable en caso de empate absoluto, situación que no es muy usual que se alcance, sin perjuicio de que sí ha servido en ocasiones de criterio efectivo de desempate.

De cualquiera manera esta medida es una de las primeras que se plasmaron en la normativa nacional, habiéndose mantenido inalterable durante muchos años, lo que hace igualmente que deba seguir manteniéndose.

8.- Condiciones especiales de carácter social en la ejecución del contrato.

Regulación actual:

El artículo 118 del TRLCSP contempla actualmente la posibilidad de incorporar condiciones especiales de carácter social en la ejecución del contrato y su apartado segundo prevé posibles efectos para su incumplimiento. Concretamente el citado artículo establece:

“Artículo 118. Condiciones especiales de ejecución del contrato.

1. Los órganos de contratación podrán 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 contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

2. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f). Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 60.2.e)”

Por tanto, los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales de carácter social en la ejecución del contrato, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, entre las cuales, sin lugar a dudas, pueden encontrarse las personas con discapacidad.

Regulación del nuevo Anteproyecto LCSP de marzo 2015:

Se contempla en el artículo 200 del Anteproyecto de LCSP de manera parecida a cómo lo recoge el actual TRLCSP en su art. 118, incluyendo el supuesto específico de “*dar efecto a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*”, lo que lógicamente nos parece positivo.

Nueva propuesta:

Ante todo ello entendemos que en la nueva normativa nacional de contratación pública se debería mantener una redacción similar a la que se propone en el Anteproyecto si bien comprendiendo también las indicaciones de la nueva Directiva. Así se propone la siguiente redacción para los apartados 2 y 3 del borrador de Anteproyecto (subrayamos lo que se incluye respecto a la redacción del Anteproyecto):

“2. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

Las consideraciones de tipo medioambiental podrán establecer un nivel de emisión de gases de efecto invernadero y de mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: dar efecto a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado; combatir el paro; favorecer la formación en el lugar de trabajo; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables.

3. Los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el apartado 1 del artículo 190, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 209. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71.”

Justificación:

En la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, se indica en su artículo 70 sobre condiciones de ejecución del contrato:

“Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el

sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, **consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo.**”

Y en dicho artículo 67.3 de la Directiva, que se cita, se indica:

“3. Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o

b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida,

incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.”

Resultando también muy significativo el considerando 98 de esa misma Directiva, en su párrafo segundo:

“(98) (...) **Las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten** la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y **contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.**”

(104) El propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación de contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas. Las condiciones de ejecución de un contrato deben ser compatibles con la presente Directiva siempre que no sean directa o indirectamente discriminatorias y estén vinculadas al objeto del contrato, que comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización. Lo anterior incluye las condiciones relativas al proceso de ejecución del contrato, pero excluye los requisitos relativos a la política general de la empresa. Las condiciones de ejecución de un contrato deben figurar en el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que se utilice como medio de convocatoria de licitación o la documentación de la contratación.”

Con estos dos considerandos de la Directiva sobre las condiciones de ejecución y el propio artículo 70 de la misma, ya comprobamos sin ningún género de duda que entre las condiciones de ejecución puede perfectamente incluirse el contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional, como de manera específica lo hace la misma Directiva. Y ello es así precisamente porque la vinculación al objeto del contrato comprende todos los factores apuntados en el artículo 67.3 de la misma Directiva, que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización, incluyendo las condiciones relativas al proceso de ejecución del

contrato, dónde lógicamente también participan los trabajadores contratados que lo ejecutan.

9.- Reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo.

Regulación actual:

La Disposición Adicional quinta del actual TRLCSP sigue permitiendo a cada órgano de contratación establecer la reserva de adjudicación de algunos contratos a favor de los Centros Especiales de Empleo o de su ejecución a programas de empleo protegido. En tal sentido, dispone:

“Disposición adicional quinta. 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 por 100 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.”

Regulación del nuevo Anteproyecto LCSP de marzo 2015:

Se contempla en la Disposición Adicional cuarta “Contratos reservados” del Anteproyecto de LCSP de la siguiente manera:

1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o a través del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijará un porcentaje mínimo de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo y a empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 por 100 de los empleados de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sean trabajadores discapacitados en situación de exclusión social.

En el referido Acuerdo del Consejo de Ministros o a través del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.

2. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición

Nueva propuesta:

Nos parece positivo que en el Anteproyecto se regule como obligatorio que se haga esta reserva de contratos. No obstante, se entiende que no debería bajarse al 30% el número de empleados que sean trabajadores con discapacidad, sino que debería mantenerse superior, como en la actualidad, que está en el 70% para que de verdad puedan

favorecerse de esta medida los centros que emplean mayoritariamente personas con discapacidad, de cara a que no pueda haber lugar a fraude alguno, contratando un número mucho menor de esos trabajadores.

Por todo ello, la propuesta que hacemos para su posible inclusión en el Anteproyecto de LCSP se concreta en la siguiente redacción, en la que incluso se intenta dar ya un porcentaje para la reserva de contratos:

“Reserva de Contratos a Centros Especiales de Empleo.

1. Los órganos de contratación reservarán la adjudicación de un porcentaje de un 10 por 100 del importe total anual de su contratación a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados o, en su caso, el porcentaje de trabajadores con discapacidad que determine la normativa nacional de aplicación en cada momento, 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. Quedan excluidos del cómputo los contratos de obras y de concesión de obra pública. El porcentaje de esta reserva social en cada órgano de contratación se establecerá sobre el importe total anual de su contratación en el ejercicio anterior.

2. Únicamente podrá justificarse el incumplimiento del indicado porcentaje de reserva en la falta de presentación de ofertas aceptables en los expedientes en los que se solicitaron o en la no inscripción en el Registro de Contratistas de empresas que cumplan los requisitos y adecuación al objeto contractual reservable.

3. En todos los anuncios de licitación de contratos cuya adjudicación se considere conveniente reservar a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, deberá hacerse referencia a la presente disposición.

4. Los órganos de contratación eximirán de la obligación de constituir garantía a los centros, entidades y empresas contratados al amparo de la reserva a que se refiere la presente Disposición. Esta exención se reseñará y justificará en los pliegos en base a la importante función social que tales centros, entidades y empresas desarrollan.

5. Se consideran centros especiales de empleo de iniciativa social aquellos promovidos y participados en más de un 50%, directa o indirectamente, por una o varias entidades privadas sin ánimo de lucro, sean asociaciones, fundaciones, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, y que, en sus estatutos o en acuerdo social, se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para la creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social.”

Justificación:

En la actualidad, en el vigente TRLCSP no se establece una obligación imperativa de reservar contratos a Centros Especiales de Empleo, sino la posibilidad de que los órganos de contratación establezcan dicha reserva. Y ello hace que en multitud de casos no se esté aplicando tal opción en la práctica, al haberse dejado como una posibilidad meramente facultativa de las Administraciones contratantes.

Por ello mismo la redacción del Anteproyecto ya nos parece positiva en cuanto parece fijar dicha obligatoriedad, si bien faltaría que quedara fijado mediante Acuerdo del

Consejo de Ministros o a través del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

A su vez también en la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, que ahora nos ocupa, expresamente se indica en su artículo 20:

1. Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos.

2. La convocatoria de licitación deberá hacer referencia al presente artículo.

Expresándose a estos mismos efectos la propia Directiva en su considerando 36:

(36) El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.

Ante todo ello, y visto que en la Directiva se prevé expresamente que “los Estados miembros podrán reservar” (esto es, que se trata de una facultad de los Estados miembros), así como visto que también en la Directiva se exige para que se produzca esta reserva que “al menos el 30% de los empleados sean trabajadores con discapacidad o desfavorecidos” (esto es, que perfectamente puede señalarse que para la reserva se exija por los Estados miembros un porcentaje superior a ese 30%, que debe ser el mínimo pero no el máximo), resultaría muy positivo que en la nueva normativa tal reserva de contratos adquiriera un carácter más preceptivo (como ya lo tiene el Anteproyecto), pudiendo también exigir -para que se proceda a esa reserva- un porcentaje superior al mínimo del 30% de trabajadores con discapacidad o desfavorecidos que exige la Directiva (con lo que todavía se reforzará mucho más esa política favorable a las personas con discapacidad o desfavorecidas). En la actualidad en la normativa española se exige que un mínimo del 70% de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad pudiéndose mantener por ende ese porcentaje indicando a su vez que podría ser, en su caso, el porcentaje de trabajadores con discapacidad que determine la normativa nacional de aplicación en cada momento.

Los Centros Especiales de Empleo desarrollan una evidente función social al tener como objetivo fundamental al emplear a personas con discapacidad. Estos centros, auténticas empresas, muchas de ellas de iniciativa social, desempeñan un papel

fundamental en la lucha por evitar la exclusión social atendiendo a numerosas personas con discapacidades, recogiendo de esa manera una larga tradición en nuestro país.

Así, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en su artículo 43.1, define los Centros Especiales de Empleo como *“aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario”*.

Además, estos Centros ya han demostrado su eficacia y su productividad, llegando a convertirse en empresas consolidadas dentro de sus respectivos sectores, que ofrecen sus bienes y servicios al mercado en condiciones absolutamente competitivas.

Por tanto, el grupo social de las personas con discapacidad debe ser objeto de una protección preferente por parte de las Administraciones Públicas, y una de las maneras de fomentar la creación de empleo para las personas con discapacidad es a través de la contratación pública de estos Centros Especiales de Empleo.

Como se ha indicado, esta reserva legal para estas entidades que desarrollan una importantísima función social, ayudaría al mantenimiento, crecimiento y potenciación de una estructura básica para la plena inclusión laboral, y, por tanto, social, de los trabajadores con discapacidad, considerándose esta facultad de los órganos de contratación como una clara acción muy eficaz para garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en nuestro país.

En virtud de todo lo anterior, en aras de promover la contratación pública de los Centros Especiales de Empleo, se considera necesario establecer, con carácter legal, una reserva mínima de contratos a dichas entidades, la cual podría tener un importe mínimo obligatorio del 10% del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio anterior.

De esta manera los concretos contratos a reservar se podrían seleccionar en base a un porcentaje aproximado del 10% del volumen de contratación anual del ejercicio anterior, pudiendo incluso quedar excluidos del cómputo, de entenderse ello necesario, los contratos de obras y de concesión de obra pública. Así se evitaría que dichos contratos reservados fueran muy poco significativos a efectos económicos, sin que tampoco alcanzaran en absoluto un número excesivo.

Al amparo de esa reserva en la adjudicación se podría prever igualmente que los órganos de contratación eximan de la obligación de constituir garantía a los centros, entidades y empresas contratados, en base, reiteramos, a la importante función social que éstos desarrollan.

Con esta reserva de contratos se muestra igualmente el compromiso de las Administraciones Públicas hacia el colectivo de personas con discapacidad, aplicando medidas de acción positiva. Además, no sólo no generaría coste económico alguno, sino que incidiría muy favorablemente en la creación de empleo y en la productividad y competitividad.

Por supuesto, si finalmente no se entendiera oportuno recoger esta propuesta en la nueva normativa, al menos debería siempre mantenerse la anterior redacción del todavía vigente TRLCSP, de cara a que siguiera existiendo esta opción de reserva de contratos a los CEE aunque no fuera preceptiva sino potestativa.

10.- Subvenciones públicas. Inclusión de nuevas circunstancias que impidan obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de subvenciones públicas.

Regulación actual:

No se contempla esta previsión en la regulación actual ni tampoco en el borrador de Anteproyecto (s.e.u.o.).

Nueva propuesta:

Se propone la exclusión del acceso a las subvenciones públicas a quienes incumplan las normas que favorezcan a las personas con discapacidad o que realicen actos discriminatorios o contrarios a la dignidad de las personas, proponiendo para ello la modificación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, si bien entendemos que debería aprovecharse la publicación de la nueva normativa de contratos públicos para incorporarse igualmente esta medida sobre subvenciones aunque sea en una Disposición Adicional de esta nueva ley.

Así, de cara a una mayor facilidad en la tramitación parlamentaria, se plantea introducir las modificaciones que aquí se proponen en un único texto legal. En su virtud se propone introducir una nueva Disposición Adicional en la próxima normativa de contratación pública, incluyendo cuatro nuevas letras k, l, m y n, en el apartado 2 del artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, teniendo estas nuevas letras la siguiente redacción:

“k) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos derivados de la realización de actos discriminatorios tipificados en los artículos 510 a 512 del Código Penal.

l) Haber sido sancionados en sede administrativa por infracciones laborales muy graves en supuestos de actos contra la intimidad y la dignidad, discriminación y acoso, tipificadas en los apartados 11, 12, 13 y 13 bis del artículo 8 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, o por infracciones de empleo graves por incumplimientos en materia de medidas de reserva e integración laboral de personas con discapacidad, tipificada en el apartado 3 del artículo 15 de dicha Ley.

m) Haber sido sancionados en sede administrativa por infracciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, de acuerdo con el Título III del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

n) No hallarse al corriente del cumplimiento de la obligación legal de reserva de empleo en favor de trabajadores con discapacidad o de las medidas alternativas de carácter excepcional a dicha reserva, establecida por el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.”

Justificación:

Resulta importante excluir del acceso a las subvenciones públicas a las personas físicas o jurídicas incumplidoras de las normas que favorezcan a las personas con discapacidad o que realicen actos discriminatorios o contrarios a la dignidad de las personas.

Por una parte, la realización de actos discriminatorios puede ser constitutiva de delito, de acuerdo con los artículos 510 a 512 del Código Penal, dada su gravedad y la alarma social que originan dichas actividades. En ámbitos como el laboral, la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social tipifica y califica como muy graves o graves las conductas empresariales, respectivamente, discriminatorias o que vulneren las normas que favorecen a las personas con discapacidad. Sería una burla a las leyes que sujetos, personas físicas o jurídicas, que han sido condenados en el orden penal o sancionados en vía administrativa por tan graves conductas, obtengan beneficios o subvenciones como “premio” a su comportamiento, censurado, sin embargo, por las normas penales o de otros órdenes. En otros ámbitos, como el de la Ley reguladora del Derecho de Asociación, se ha excluido de cualquier subvención a aquéllas que promuevan el odio o la violencia, con base en la sanción penal de dichas conductas.

De igual modo, se considera que no deben obtener la condición de beneficiario o de entidad colaboradora de las subvenciones públicas aquellas personas físicas o jurídicas que viniendo obligadas por la legislación social vigente no cumplan la reserva de empleo en favor de trabajadores con discapacidad, ya que desde los poderes públicos no se puede favorecer a quienes incumplen obligaciones legales dirigidas a favorecer a grupos vulnerables.

La introducción de estas nuevas cuatro letras en el apartado 2 del artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, obliga igualmente a modificar en lo correspondiente (igualmente para su inclusión) los apartados 4, 5 o 6, según los casos, del mismo precepto.

11.- Subvenciones públicas. Acreditación a efectos de la obtención de cualquier subvención pública del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

Regulación actual:

No se contempla esta previsión en la regulación actual ni tampoco en el borrador de Anteproyecto (s.e.u.o.).

Nueva propuesta:

Se propone introducir otra nueva Disposición Adicional en la nueva normativa de contratación pública, incluyendo una nueva letra j) en el apartado 1 del artículo 14 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, teniendo esta nueva letra la siguiente redacción:

j) Acreditar con anterioridad a dictarse la propuesta de resolución de concesión que se halla al corriente en el cumplimiento de la obligación de reservar un 2% de los puestos de trabajo a personas con discapacidad en los términos establecidos en el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, A tal efecto esta acreditación se realizará aportando un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas, todo ello sin perjuicio de la posible comprobación de estos extremos por los órganos de contratación”.

Justificación:

Sin perjuicio de que el hecho de no hallarse al corriente del cumplimiento de la obligación legal de reserva de empleo en favor de trabajadores con discapacidad o de las medidas alternativas de carácter excepcional a dicha reserva, establecida por el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, debe impedir que se obtenga la condición de beneficiario o de entidad colaboradora de subvenciones públicas, consideramos que para que esta medida resulta realmente más efectiva, debería previamente a la concesión de dicha subvención, acreditarse el correcto cumplimiento de la mencionada obligación de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad.

Por ello y dando por reproducida también a los presentes efectos la justificación expresada en el apartado anterior, parece evidente que la obtención de cualquier subvención pública debería estar condicionada a que la empresa acreditara el cumplimiento de la obligación de reservar un 2% de los puestos de trabajo a personas con discapacidad en los términos establecidos en el artículo 42.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (antes artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos -LISMI-).

Debemos tener en cuenta que esta medida supondría sin ningún gasto para la Administración la implementación de la contratación de personas con discapacidad, como expresamente está previsto en la legislación vigente desde el año 1982. Reiteramos que no parecería nada lógico que se otorgaran subvenciones públicas a entidades que no cumplan sus obligaciones legales en la materia.

12.- Servicios Sociales.

Regulación actual:

En la actualidad, en el TRLCSP no se contempla una específica regulación de este tipo de servicios sociales. Los servicios sociales y de salud se recogen en el Anexo II del TRLCSP (categoría 25) en relación con el artículo 10 “contratos de servicios”.

Nueva propuesta:

Ante la normativa que prevé la nueva Directiva, y a tenor de la libertad y del gran margen de maniobra que esta norma comunitaria otorga a los Estados miembro de cara a la regulación de los denominados servicios sociales y en base a las especiales características de los mismos, destinados a garantizar la prestación continua y la calidad de la atención integral y personalizada así como la elección del personal que presta estos servicios a los usuarios por las organizaciones que se los vienen prestando anteriormente, se solicita y se propone que se explicita que dichos servicios sociales quedan fuera del ámbito de una estricta aplicación de la normativa de contratación pública.

Debemos recordar expresamente que, como establece el considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE, los Estados miembro y los poderes públicos siguen teniendo libertad para organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Entendemos que esta vía sería más positiva para el tratamiento de estos servicios sociales de interés general, a tenor del artículo 1.4 y del considerando 6 de la Directiva, dado que las Administraciones Públicas disponen de instrumentos idóneos y eficientes para colaborar con entidades sin ánimo de lucro en la prestación de dichos servicios sociales en interés de personas con discapacidad o de otros colectivos vulnerables, aplicándose todas las disposiciones que permitan garantizar esa calidad, continuidad a lo largo de toda su trayectoria vital, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad de los servicios que son necesarias para cubrir las específicas e individuales necesidades de los receptores de tales servicios sociales.

De igual manera, en los supuestos en los que los poderes públicos opten por la opción de organización de los servicios sociales a través de la contratación pública, proponemos que, de conformidad con la Directiva (Considerando 45) y la propia naturaleza específica de los servicios sociales, se opte por la utilización del proceso de licitación con negociación.

Además de estas consideraciones, procedemos a proponer enmiendas específicas para su posible inclusión en la próxima normativa de contratación pública.

a. Respecto a la definición del concepto “contrato” en el ámbito de la contratación pública.

- **Regulación del nuevo Anteproyecto LCSP de marzo 2015: Artículo 2. Ámbito de aplicación [art. 2 TRLCSP]**

El Anteproyecto refleja las siguientes modificaciones al actual Art. 2 TRLCSP:

1. *Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3.*

2. *Están también sujetos a la presente Ley, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 23 relativo a los contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada.*

3. *La aplicación de esta Ley a los contratos que celebren las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, o los organismos dependientes de las mismas, así como a los contratos subvencionados por cualquiera de estas entidades, se efectuará en los términos previstos en la Disposición Final primera de la presente Ley relativa a los títulos competenciales.*

4. *A los efectos de identificar las prestaciones que son objeto de los contratos regulados en esta Ley, se utilizará el “Vocabulario común de contratos públicos, aprobado por el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV)”.*

- **Nueva propuesta**

Se propone añadir un nuevo apartado 4, como se especifica más abajo:

→ *Nuevo 4.- A efectos de lo dispuesto en la presente Ley, no constituyen contratos y, por lo tanto, no están sometidos a la misma los denominados regímenes de autorización o licencia en los que, independientemente de su denominación, no sea necesario acudir a ningún procedimiento de selección en concurrencia competitiva, en tanto que todos los operadores económicos que cumplan determinadas condiciones, previamente establecidas y publicadas debidamente por el ente, organismo o entidad del sector público, sean autorizados a prestar servicios, a cambio de una remuneración y bajo unas condiciones también establecidas y publicadas previamente.*

- **Justificación**

La propia Directiva en su Considerando 2 establece que «*deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación [...] Asimismo, es preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública.*»

Asimismo, la legislación sobre contratación pública debe ser interpretada a la luz de la legislación europea sobre la materia, en tanto que nuestra legislación interna incorpora al ordenamiento interno español lo dispuesto en el Derecho de la Unión Europea, que goza de primacía. De tal manera que la legislación interna debe distinguir, al igual que el Derecho de la Unión, la contratación pública de los denominados regímenes de autorización, conforme establecen los Considerandos 4 y 114 de la Directiva 2014/24/UE.

El Considerando 4) de la Directiva dispone lo siguiente:

“Las formas cada vez más diversas de acción pública han originado la necesidad de definir con mayor claridad el propio concepto de contratación. Sin embargo, esa clarificación no debería ampliar el ámbito de aplicación de la presente Directiva en relación con el de la Directiva 2004/18/CE. Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público. Es preciso aclarar que dicha adquisición de obras, suministros o servicios debe estar sujeta a la presente Directiva tanto si se realiza mediante adquisición, arrendamiento o cualquier otra forma contractual.

*El concepto de adquisición debe entenderse de manera amplia, en el sentido de obtener los beneficios de las obras, suministros o servicios de que se trate, sin que ello implique necesariamente una transferencia de propiedad a los poderes adjudicadores. Es más, la mera financiación, en particular mediante subvenciones, de una actividad, a menudo ligada a la obligación de reembolsar las cantidades recibidas cuando no se hayan utilizado para los fines previstos, no suele estar regulada por las normas de contratación pública. **De modo similar, aquellas situaciones en las que todos los operadores que cumplan determinadas condiciones están autorizados a desempeñar una determinada tarea, sin ningún procedimiento de selección, como los sistemas de elección de los clientes o de cheques de servicios, no deben entenderse como una contratación, sino como simples regímenes de autorización** (por ejemplo, las licencias para medicamentos o servicios médicos).”*

En similares términos está redactado el último párrafo del Considerando 114) de la Directiva, si bien referido concretamente a los servicios sociales:

“Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que

dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.”

Asimismo, mención especial merece la **Guía de la Comisión Europea, tanto en su versión de diciembre de 2010 como en su versión de 29 de abril de 2013 relativa a la aplicación a los servicios de interés económico general y, en particular, a los servicios sociales de interés general, de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales, de contratos públicos y de Mercado Interior.**

La Guía plantea expresamente la siguiente cuestión: *¿Existen modalidades de externalización de Servicios Sociales de Interés General distintas de los contratos públicos y las concesiones que sean compatibles con los principios de transparencia y no discriminación y que ofrezcan una amplia gama de prestadores de servicios?*

Pues bien, la Guía da respuesta a la citada cuestión de forma positiva, en los siguientes términos:

“Así es. La autoridad pública competente puede por ejemplo definir de antemano las condiciones en las que debe prestarse un servicio social y, previa publicidad adecuada, respetando los principios de transparencia y no discriminación (véase la respuesta a la pregunta 4.2.3), conceder licencias o autorizaciones a todos los prestadores de servicios que cumplen esas condiciones. Este sistema no prevé límites o cuotas en cuanto al número de prestadores de servicios; todos los que cumplan las condiciones pueden participar.

Los prestadores de servicios que hayan obtenido una licencia o una autorización deberán prestar el servicio a petición del usuario, que podrá así elegir entre distintos prestadores de servicios, y a un precio que habrá sido fijado previamente por la autoridad pública.”

b. Respecto al procedimiento de adjudicación de servicios sociales

- **Regulación del nuevo Anteproyecto LCSP de marzo 2015: Artículo 165. Supuestos de aplicación del procedimiento de licitación con negociación [art. 170 TRLCSP]**

El Anteproyecto se refiere a los supuestos de aplicación del procedimiento de licitación con negociación de la siguiente manera:

Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento de licitación con negociación en los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios cuando se dé alguna de las siguientes situaciones:

a) [Artículo 26.4.a.i) y Considerando (46) DN] Cuando para dar satisfacción a las necesidades del órgano de contratación resulte imprescindible que la

prestación, tal y como se encuentra disponible en el mercado, sea objeto de un trabajo previo de diseño o de adaptación por parte de los licitadores.

b) [Artículo 26.4.a).ii) y Considerandos (42) y (47) DN] Cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras.

c) [Artículo 26.4.a).iii) DN] Cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma.

d) [Artículo 26.4.a).iv) DN] Cuando el órgano de contratación no pueda establecer con la suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica, en los términos establecidos en esta Ley.

e) [Artículo 26.4.b) DN] Cuando en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente sólo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables.

A estos efectos se considerarán irregulares o inaceptables, en particular, las siguientes ofertas: aquéllas que no se ajusten a lo previsto en los pliegos; aquéllas que se hayan presentado fuera de plazo; las que muestren indicios de colusión o corrupción; las que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el órgano de contratación; las presentadas por licitadores que no posean la cualificación requerida; o aquéllas cuyo precio supere el presupuesto base de licitación.

- **Nueva propuesta**

Se propone ampliar el alcance del Art. 165 del Anteproyecto con el objetivo de abarcar supuestos anteriormente regulados por el Artículo 172 TRLCSP sobre *Contratos de gestión de servicios públicos* y el Artículo 174 TRLCSP sobre *Contratos de servicios*.

En este contexto, se propone añadir dos nuevos apartados c) y d) al nuevo Art.165:

→ *Nuevo c) Cuando se trate de contratos públicos de servicios sociales.*

→ *Nuevo d) Cuando se trate de contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social, siempre que el objeto del contrato consista en dotar de continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio.*

- **Justificación**

El Considerando 45 de la Directiva establece que en la utilización del proceso de licitación con negociación, la negociación debe ir dirigida a mejorar las ofertas con el objeto de permitir a los poderes adjudicadores la adquisición de obras, suministros o servicios **perfectamente adaptados a sus necesidades específicas**. Asimismo, prevé que la negociación pueda referirse a la inclusión, por ejemplo, de aspectos sociales,

medioambientales o innovadores, en la medida en que no constituyan requisitos mínimos. En relación a aspectos relacionados con la innovación debemos entender incluidos aspectos relacionados con la innovación social, de conformidad con el Considerando 47, que ocupan un lugar central dentro de la Estrategia Europa 2020.

Asimismo, y en consonancia con dicho Considerando, conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del art. 76 de la Directiva que establece que los Estados miembro serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables con la condición de que las mismas tengan en cuenta la especificidad de los servicios.

Por ello, para dar cumplimiento a dichas previsiones de la Directiva el texto resultante de la transposición deberá disponer que la adjudicación de los contratos de servicios sociales se sujete a las reglas del procedimiento negociado, de la forma más sencilla y simple posible.

Ello también permitirá la inclusión de aspectos concretos adaptados a las necesidades de las personas con discapacidad que den cumplimiento a la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad a que se refiere el Considerando 3.

Así, el procedimiento negociado resulta especialmente indicado a la hora de garantizar el cumplimiento de los principios contemplados en el apartado 2 del artículo 76 de la nueva Directiva como son, entre otros, la calidad, la continuidad, la accesibilidad, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y los vulnerables, y la implicación y la responsabilización de los usuarios.

O incluso, puesto que se admitiría la inclusión de requisitos que no sean mínimos, es posible la introducción de criterios dirigidos a evitar situaciones de desarraigo o que garanticen la continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de un servicio, de conformidad con el artículo 19 de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad que establece que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde vivir.

Se propone que se modifique el Art. 165 del nuevo Anteproyecto, a fin de que se contemple expresamente la posibilidad de acudir al contrato negociado en el caso de contratos de servicios sociales de atención a las personas.

Abril de 2015.

CERMI
www.cermi.es