

Sc. Comisión Consultiva.
GK/.

Informe 2/2005, de 31 de mayo, sobre la viabilidad de la cláusula de preferencia en la adjudicación de los contratos a favor de las empresas que contraten trabajadores con discapacidad.

I. ANTECEDENTES.

La Secretaria General de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) dirige escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en petición de informe, cuyo contenido es el siguiente:

“FENIN, como Federación de empresas de tecnología sanitaria, en la que una de las características comunes de las mismas es el ser suministradoras de instituciones sanitarias y participar en las licitaciones públicas que éstas instan, se dirige a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa a los efectos de exponerle las siguientes consideraciones sobre aspectos sociales, que inciden en las contrataciones administrativas que impulsan los diferentes órganos de contratación, a nuestros efectos, del Servicio Andaluz de Salud y, en virtud del Decreto 54/1987 de 25 de febrero, por el que se crea la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, solicitarle como órgano colegiado consultivo en materia de contratación administrativa un informe sobre la viabilidad de esos aspectos sociales dentro del marco de la contratación pública.

Partiendo de la consideración que los aspectos sociales no son una cuestión baladí, en referencia a la contratación administrativa debe hacerse mención en primer lugar a que la inserción de cláusulas sociales en esta contratación pública es una cuestión permanente y ampliamente tratada y debatida en diferentes foros, y ello por las implicaciones socio-jurídicas, así como políticas, que conlleva.

Lógicamente, la persecución de objetivos sociales no sólo es loable sino además política y socialmente exigible, pero la contratación pública, para realizar esa política social, posiblemente no es el medio más idóneo; es más, la contratación pública no está pensada, y así lo determinan las normas fundamentales que asientan sus bases, como instrumento para la consecución y el desarrollo de tales medidas, y en este sentido, por ejemplo, se puede mencionar el Informe 11/1999, de 30 de junio de 1999, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda. En este Informe, este órgano consultivo especializado en contratación pública manifiesta *que, si bien las finalidades de las denominadas cláusulas sociales son perfectamente atendibles y deben merecer medidas concretas en el ordenamiento jurídico, no pueden articularse como requisitos para la celebración de contratos o como criterios para la adjudicación de los mismos.*



Asimismo, la Comisión de las Comunidades Europeas, en su Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos, y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, de fecha 15 de octubre de 2001 (2001/C 333/08), señaló que *las actuales Directivas sobre contratos públicos no contemplan expresamente la posibilidad de que se persigan objetivos de política social con motivo del procedimiento de adjudicación de un contrato público. No obstante, tal como lo señaló ya en la Comunicación de 1998 antes citada, la Comisión estima que la actual normativa comunitaria de contratación pública ofrece todo un abanico de posibilidades que, convenientemente aprovechadas, permiten alcanzar el resultado buscado.* La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, norma todavía no transpuesta por nuestro legislador nacional, mantiene respecto a la política social, salvo en algún aspecto, la misma línea que las precedentes Directivas “clásicas”.

No obstante lo expuesto en los párrafos precedentes, en línea con lo previsto en la hoy derogada Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, el vigente texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (en adelante, TRLCAP) aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, concretamente en su disposición adicional octava, número 1, contempla de forma expresa cláusulas sociales, con carácter de normativa básica; en concreto dispone que *los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación, no determinando esta disposición que la aplicabilidad de la misma esté, o pueda estar, dirigida únicamente a favor de los licitadores que tengan una vinculación directiva (a través de tener radicados centros de gestión o de ejecución) dentro del ámbito territorial del órgano de contratación o de la Administración a la que éste pertenezca.*

Asimismo, aquella disposición adicional octava debe relacionarse con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, de acuerdo con la redacción dada por la disposición adicional trigésima novena de la Ley 66/1997 y la disposición adicional undécima de la Ley 50/1998, ambas de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

El citado artículo 38.1 de la Ley 13/1982 obliga a las empresas que tengan un número no inferior a 50 trabajadores a contar entre ellos, al menos, con un 2% de trabajadores minusválidos, pero no obstante, y en virtud de las citadas Leyes 66/1997 y 50/1998, el Legislador introdujo como novedad la posibilidad de que, excepcionalmente, los empresarios obligados al cumplimiento de esa cuota de



reserva pudieran hacer frente total o parcialmente a dicha obligación mediante medidas alternativas.

A través del Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, se aborda la articulación normativa de esas medidas alternativas por las que, con carácter excepcional, pueden optar las empresas obligadas a la contratación de un 2 por 100 de trabajadores discapacitados, regulándose el correspondiente procedimiento administrativo referente a esas medidas a través de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 24 de julio de 2000.

En la Ley de la Junta de Andalucía 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, concretamente en su artículo 115, se establece que *los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Organismos Autónomos incluirán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos a aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, justifiquen tener en la plantilla de sus centros de trabajo radicados en Andalucía un número no inferior al 2% de trabajadores con discapacidad, por tener un grado de minusvalía igual o superior al 33%, siempre que las proposiciones presentadas igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación*; por tanto, ese criterio para desempatar ofertas equivalentes tiene como consecuencia que podrá ser el único criterio determinante para la adjudicación del contrato, lo cual debe excluirse.

Si bien la legalidad de la disposición adicional octava del TRLCAP es objeto de notables críticas, en particular al no estar prevista en las Directivas sobre contratos públicos, consideramos que aquel precepto autonómico de la Junta de Andalucía, a parte de no contribuir directamente a determinar la oferta económicamente más ventajosa, es discriminatorio con respecto a los licitadores que no tienen centros de trabajo radicados en Andalucía, así como con aquellas empresas que por disposición legal, en concreto por la ya mencionada Ley 13/1982, deben tener trabajadores minusválidos y, potestativamente, opten por las medidas alternativas, por tanto entendemos que aquel precepto número 115 inculca lo preceptuado en el primer apartado del artículo 11 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

España forma parte de la Unión Europea, estando fundamentado el marco jurídico comunitario básico de la contratación pública en los principios y normas consagradas en el Tratado, y si bien éste no prevé expresamente esos contratos, varios de sus artículos les afectan directamente, especialmente aquellos por los que se instaura y garantiza el buen funcionamiento del Mercado interior, y que se esquematizan en los siguientes principios y normas: 1) por el principio de igualdad y no discriminación; 2) por las normas referentes a la libre circulación de las mercancías, de establecimiento y de prestación de servicios; y 3) la apertura a una competencia real.



En reiteradas ocasiones el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha precisado que el principio de igualdad de trato prohíbe no solamente las discriminaciones ostensibles basadas en la nacionalidad, sino también cualesquiera formas encubiertas de discriminación que, con arreglo a otros criterios de distinción, conducen de hecho al mismo resultado (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C-3/88, Rec. p. 4035, apartado 8), que concretado a la contratación pública implica que las particularidades que engloba una determinada contratación se deben aplicar a todos los empresarios, y en las diferentes fases de la contratación, de la misma manera pues, como indica aquel Tribunal, el principio de igualdad de trato no debe interpretarse restrictivamente, y el de no discriminación, que se trata de una expresión concreta de aquel, se aplica a todas las fases del procedimiento de adjudicación de un contrato.

A tenor de lo expuesto consideramos que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares no debería constar una referencia al ya reiterado criterio subsidiario de adjudicación.

Por mediación de la presente solicitamos a la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa un informe sobre la viabilidad, dentro del marco normativo de la contratación pública, es decir, tanto del Derecho comunitario como del Derecho interno, de utilizar en las contrataciones públicas como un criterio de preferencia en la adjudicación de los contratos administrativos a favor de aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, justifiquen tener en la plantilla de sus centros de trabajo radicados en Andalucía un número no inferior al 2% de trabajadores con discapacidad, por tener un grado de minusvalía igual o superior al 33%, siempre que las proposiciones presentadas igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación.”

II. INFORME.

1.- Previamente al estudio de las cuestiones de fondo planteadas ha de reseñarse la circunstancia de que la solicitud de informe recibida viene firmada por la Secretaria General de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN).

Como ya ha reiterado esta Comisión Consultiva en otros informes (4/1996, de 23 de julio, 7/1996, de 23 de julio, 1/2001, de 14 de febrero y 7/2003, de 17 de noviembre) la admisibilidad de la consulta ha de ser considerada a la vista de la disposición reguladora de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, el Decreto 93/2005, de 29 de marzo, cuyo artículo 11.4 establece que las organizaciones empresariales solicitarán los informes a través de su Presidencia. En consecuencia, al no venir formulada la consulta por el órgano competente procedería declararla inadmisibile.



Por consiguiente, la falta de legitimación del órgano para formular la solicitud de informe, conllevaría la necesidad de su subsanación, debiendo solicitarse por el órgano competente. Sin embargo, en aras del principio de eficacia administrativa, tal falta de legitimación no es obstáculo para que la Comisión Consultiva pueda informar sobre el asunto en cuestión.

2.- En el escrito de petición de informe, el consultante, después de hacer una exposición de las disposiciones que, tanto en el ámbito comunitario como en el nacional, contemplan la posibilidad de integrar aspectos sociales en los contratos, considera que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares no debería constar una referencia al criterio subsidiario de adjudicación, y concluye solicitando un informe sobre la viabilidad de utilizar en las contrataciones públicas un criterio de preferencia en las adjudicaciones a favor de las empresas que contraten trabajadores con discapacidad.

El artículo 115 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas fiscales y administrativas, impone a los órganos de contratación, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la obligación de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares una cláusula de preferencia a favor de las empresas que contraten discapacitados en los casos de empates de ofertas y en las condiciones que en el citado artículo se indican, estando tales órganos de contratación obligados a su cumplimiento, conforme al artículo 6 del Código Civil, en tanto que la indicada disposición conserve su vigencia.

El artículo 2 del Decreto 93/2005, contiene las funciones que corresponde a este órgano consultivo en relación con la contratación administrativa, entre las que no se encuentra la de pronunciarse sobre la legalidad de las disposiciones.

Por lo tanto este órgano consultivo no es competente para pronunciarse sobre la legalidad del precepto en cuestión, siendo otros cauces los que habrán de seguirse para obtener un pronunciamiento sobre su adecuación a la legalidad.

Es todo cuanto se ha de informar.

