

INFORME 13/2004, DE 30 DE DICIEMBRE, SOBRE POSIBLE ADOPCIÓN DE MEDIDAS RELATIVAS A RESERVA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE MENOR CUANTÍA A FAVOR DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO.

ANTECEDENTES

La Subdirección General de Asistencia Técnica y Coordinación del Plan para personas con discapacidad de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales comunica que se está elaborando el II Plan de Acción para Personas con Discapacidad, encontrándose en el momento de valoración económica de las medidas incluidas en el borrador del Programa de “Mejora del Acceso al empleo de las personas con discapacidad”, del que se remite el objetivo operativo siguiente:

1.10.a) Aprobar y desarrollar una normativa que establezca el compromiso de comprometer por parte de la Administración regional una reserva de adjudicación de contratos de menor cuantía a Centros Especiales de Empleo.

CONSIDERACIONES

1.- La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, es el órgano consultivo en materia de contratación pública de la Comunidad de Madrid, al que corresponde informar con carácter preceptivo los proyectos normativos que incidan en la contratación pública, así como las distintas cuestiones que en materia de contratación administrativa se sometan a su consideración, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 y 38 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGCPM), sin que sus informes tengan carácter vinculante.

2.- Con carácter previo a analizar si la medida propuesta se considera acorde a la normativa reguladora de la contratación administrativa, no a su valoración económica que en ningún caso es competencia de esta Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se expone la actual regulación de la materia:

2.1.- La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (LCAP), establece en su artículo 11 que los contratos administrativos deben ajustarse a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones que establece la Ley, y en todo caso a los de igualdad y no discriminación. En su disposición adicional 8ª, apartado 1, establece con carácter facultativo para los órganos de contratación la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones de 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 igualaran en sus términos a las más ventajosas. La citada disposición tiene carácter básico en virtud de la disposición final primera de la LCAP.

2.2.- La Comunidad de Madrid, en el artículo 8, apartado c) del Reglamento General de Contratación Pública, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos (LISM), y en relación con la integración de personal con discapacidad, regulada en el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, establece la obligación del contratista, durante la vigencia del contrato, de tener contratados trabajadores minusválidos en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa, siempre que cuente con 50 o más trabajadores y esté sujeto a dicha obligación, de acuerdo con el citado artículo 38 de la LISM o la de adoptar las medidas alternativas desarrolladas reglamentariamente por el R.D. 27/2000, de 14 de enero. Se trata, por tanto, además de una obligación contractual cuyo incumplimiento lleva aparejadas las penalidades recogidas en el mencionado Decreto 213/1998.

Asimismo, el artículo 20.8 del RGCCPCM recoge para los supuestos de subasta, en que se presenten dos o más proposiciones iguales que resulten ser las de precio más bajo, la preferencia en la adjudicación de la proposición presentada por aquella empresa que sin estar sujeta a la obligación que establece el artículo 38.1 de la LISM, haya justificado en el momento de acreditar su solvencia técnica tener en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100. En su defecto o de persistir la igualdad se decidirá la propuesta de adjudicación mediante sorteo.

Además, los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos aprobados por la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, para que puedan ser adoptados como tipo por los órganos de contratación, recogen para el concurso la citada preferencia en la adjudicación, siempre que las proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas, después de aplicar los criterios objetivos establecidos para la adjudicación del concurso. A efectos de aplicación de esta circunstancia los licitadores deberán acreditarla, en su caso, mediante los correspondientes contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social.

2.3.- La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios dispone en su considerando 28 que “el empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad. En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido”. Asimismo regula en su artículo 19 los contratos reservados en los siguientes términos: “Los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. La presente disposición deberá mencionarse en el anuncio de licitación.”

En cuanto a las condiciones de ejecución de un contrato prevé en su considerando 33 que serán compatibles con la Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, citando como ejemplo la obligación de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional. En el artículo 26 sobre condiciones de ejecución del contrato dispone que los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.

La Comunicación interpretativa de la Comisión, de 15 de octubre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, en su apartado II, referido concretamente a los contratos públicos no regulados por las Directivas, por ser de importe inferior al fijado, manifiesta lo siguiente:

“Sin perjuicio de la normativa nacional en la materia, en los contratos no contemplados en las Directivas, los poderes adjudicadores disfrutan de total libertad para definir y aplicar criterios sociales de selección y adjudicación en el

marco de sus procedimientos de contratación pública, siempre que observen las normas y los principios generales del Tratado CE, lo que implica, en particular, una transparencia suficiente y la igualdad de trato de los licitadores.

Así, podrán admitirse las prácticas consistentes en reservar contratos en favor de ciertas categorías de personas, por ejemplo, los discapacitados (talleres protegidos) o los desempleados. No obstante, estas prácticas no deberán suponer una discriminación directa o indirecta contra los proveedores de los demás Estados miembros, ni constituir una restricción injustificada de los intercambios. De este modo, una reserva de contratos en favor de los licitadores nacionales se considerará contraria a las normas y los principios generales del Tratado CE. Por el contrario, si la participación en los contratos está también abierta a los talleres protegidos de los demás Estados miembros, dicha práctica no se considerará *a priori* discriminatoria, pero la adjudicación del contrato deberá respetar, en particular, los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia.”

3.- La citada Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, aún no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico interno, disponiendo el Estado hasta el 31 de enero de 2006 para poner en vigor las disposiciones, legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la misma. Por tanto, actualmente se encuentran sin definir los supuestos y forma en que sería procedente su aplicación.

En todo caso la reserva que se realizase, con independencia de la consideración anterior, tendría que ajustarse a los criterios comunitarios en cuanto a su apertura a los colectivos equivalentes de los restantes Estados miembros, ya que lo contrario constituiría una práctica restrictiva, discriminatoria y contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación que en todo caso habrían de respetarse en estas contrataciones.

La medida propuesta tiene un carácter programático amplio, en principio compatible con la regulación contractual, si bien lo que debe dar lugar a informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa es el desarrollo normativo que posteriormente se efectúe por la Comunidad de Madrid.

Respecto de la referencia relativa a reserva de adjudicación de contratos de menor cuantía, conviene matizar que si se interpreta referida a las cuantías previstas para los contratos menores en la LCAP, artículos 56, 121, 176 y 201, no existe inconveniente en efectuar el desarrollo normativo de la legislación actualmente vigente. Caso de que la menor cuantía alcanzase los presupuestos previstos para los procedimientos negociados sin publicidad, se estima oportuno que el desarrollo se realice una vez efectuada la adaptación por el Estado de la legislación de contratos a la nueva Directiva, toda vez que

la regulación del procedimiento negociado tiene carácter básico.

De efectuarse el desarrollo normativo antes de que el Estado realice la transposición de la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo, se considera necesario que sea por norma de rango legal.

CONCLUSIONES

1.- La posibilidad de reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a Centros Especiales de Empleo, se encuentra prevista en la normativa comunitaria de contratos públicos estando actualmente en plazo de transposición a la normativa estatal.

2.- El Derecho comunitario deja a los Estados miembros la responsabilidad de decidir si los contratos públicos no contemplados en las Directivas comunitarias deben o no definir y aplicar criterios sociales de selección y adjudicación en el marco de sus procedimientos de contratación pública, siempre que observen las normas y los principios generales del Tratado CE, lo que implica, en particular, una transparencia suficiente y la igualdad de trato de los licitadores. En consecuencia la reserva de contratos en favor de personas discapacitadas deberá también estar abierta a los talleres protegidos de los demás Estados miembros.

3.- Es competencia del Estado la transposición de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, al derecho interno y establecer los términos en los que, en su caso, se podrá efectuar la reserva de determinados contratos, así como los criterios para su aplicación.