



ACUERDO 4/2018, DE 26 DE JULIO, SOBRE LA PROPUESTA DE MODIFICAR EN LOS MODELOS DE PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES INFORMADOS POR LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA LAS CLÁUSULAS RELATIVAS A LA OBLIGACIÓN DE TENER CONTRATADOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD.

ANTECEDENTES

D. Rafael Gutiérrez Maturana, vocal de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sustitución del Secretario General Técnico de la Consejería de Sanidad, ha presentado una propuesta sobre la conveniencia de modificar en los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por le Junta Consultiva de Contratación Administrativa, las cláusulas relativas a la obligación de tener contratados trabajadores con discapacidad, en los siguientes términos:

El Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid aprobó el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre en el que se establecían medidas en la contratación administrativa para apoyar la estabilidad y calidad del empleo.

En su exposición de motivos configuraba los contratos públicos como un instrumento para llevar a cabo la efectividad del cumplimiento de determinadas obligaciones impuestas por las normas de orden social, por otra parte, para llevar a cabo acciones positivas que, sin discriminación directa o indirecta, pueden incidir en el empleo de determinados sectores del mercado de trabajo.

En su artículo 4º denominado: “Medidas de contratación con empresas que estén obligados a tener en su plantilla trabajadores minusválidos”, establecía la obligación de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos, incluyeran entre las obligaciones del contratista, la de tener empleados, durante la vigencia del contrato, trabajadores minusválidos en un 2%, al menos, de la plantilla de la empresa si ésta alcanza un número de 50 o más trabajadores, todo ello de conformidad con lo dispuesto en la antigua LISMI.

El compromiso se formalizaba mediante declaración responsable y luego, su cumplimiento era comprobado por el órgano de contratación, pudiéndole imponer, una penalidad de hasta un 10% de la garantía definitiva en caso de incumplimiento de la referida obligación, atemperándola con la debida proporcionalidad.

Por otro lado, su artículo 5 establecía la preferencia en la adjudicación de las proposiciones presentadas por las empresas, que sin estar sujetas a dicha obligación, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2%.

La nueva ley de contratos del Sector Público y los trabajadores con discapacidad.

La ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en su exposición de motivos contempla la inclusión en los contratos de consideraciones de tipo social, consideraciones que pueden incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar, imponiendo la obligación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de las que se listan en el artículo 202.

Dentro de estas condiciones está la de tener contratados a trabajadores con discapacidad en mayor número que el legalmente establecido.

Por otro lado el artículo 71 letra d) de la ley 9/2017 establece, como prohibición para contratar, no cumplir con la obligación legal de que al menos el 2% de los empleados de las empresas de 50 o más trabajadores sean trabajadores con discapacidad, si bien dicha prohibición está diferida a un posterior desarrollo reglamentario.

En los actuales pliegos de cláusulas que se han aprobado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, por ejemplo en el pliego de obras abierto simplificado, respecto a los trabajadores con discapacidad, se recoge lo siguiente:

En una Cláusula, 33 que a continuación se transcribe, se obliga al adjudicatario a que tenga contratados al menos un 2% de trabajadores discapacitados si tiene tal obligación por superar los 50 trabajadores, imponiéndole una penalidad si no la cumple

Cláusula 33. Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad.

El contratista, conforme a lo dispuesto 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, durante la vigencia del contrato, asume entre sus obligaciones la de tener trabajadores con discapacidad en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa,

si esta alcanza un número de 50 o más trabajadores y el contratista está sujeto a tal obligación, de acuerdo con el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, o la de adoptar las medidas alternativas desarrolladas reglamentariamente por el RD. 364/2005, de 8 de abril.

La asunción de la citada obligación se realizará mediante la declaración responsable que se cita en la cláusula 11 “Forma y contenido de las proposiciones” de este pliego.

El contratista queda obligado igualmente a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el órgano de contratación cuando fuese requerido, en cualquier momento de la vigencia del contrato. La acreditación de dicho cumplimiento se efectuará mediante la presentación ante el órgano de contratación de los siguientes documentos: un certificado de la empresa en el que conste el número de trabajadores de plantilla y copia compulsada de los contratos celebrados con trabajadores con discapacidad.

En la cláusula 14 del mismo pliego, se establece que:

Tendrán preferencia en la adjudicación las proposiciones presentadas por aquellas empresas, que, sin estar sujetas a la obligación a que se refiere la cláusula 33 del presente pliego “Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad”, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualaran en sus términos a las más ventajosas después de aplicar los criterios objetivos establecidos para la adjudicación del contrato. 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. Si varias empresas acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al indicado, tendrá preferencia en la adjudicación el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

Si comparamos la redacción que damos al pliego, con la que se recoge en el Decreto 213/1998, nos damos cuenta que si bien en la cláusula 33 se ha respetado la dicción literal del artículo 4, en la cláusula 14, al establecer la preferencia en la adjudicación, no se ha respetado el artículo 5¹ del Decreto 213/1998, ya que en dicho

1 Artículo 5. Contratación con empresas que tengan trabajadores minusválidos. Los órganos de contratación establecerán en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas

artículo la preferencia se articula sobre el hecho de que tengan en su plantilla un número de trabajadores no inferior al 2%, y en los pliegos incluimos que sea superior a ese porcentaje.

Conclusión:

1.- El Decreto 213/1998, obliga a incluir en los pliegos una cláusula que obligue a las empresas a tener contratados, durante la vigencia del contrato, a un 2% de trabajadores con discapacidad, si tal empresa tiene 50 o más trabajadores.

2.- Como criterio de desempate se incluye uno que no es el recogido en el artículo 5 del Decreto 213/1998, ni tampoco, en puridad, uno de los previstos en el artículo 147 como luego veremos.

La nueva ley de contratos del Sector Público y los trabajadores con discapacidad.

La ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en su exposición de motivos contempla la inclusión en los contratos de consideraciones de tipo social, consideraciones que pueden incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar, imponiendo la obligación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de las que se listan en el artículo 202.

Dentro de estas condiciones está la de tener contratados a trabajadores con discapacidad en mayor número que el legalmente establecido.

La parte dispositiva recoge en su artículo 71 letra d) como prohibición para contratar no cumplir con la obligación legal de que al menos el 2% de los empleados de las empresas de 50 o más trabajadores sean trabajadores con discapacidad, si bien dicha prohibición está diferida a un posterior desarrollo reglamentario.

Siguiendo el orden del articulado de la ley que hace referencia a los trabajadores

que, sin estar sujetas a la obligación a que se refiere el artículo 4 de este Decreto, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualasen en sus términos a las más ventajosas después de aplicar el criterio precio en las subastas y los criterios objetivos establecidos para la adjudicación en los concursos. A tales efectos, las empresas acreditarán dicha circunstancia mediante la presentación de contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social.

con discapacidad, se destaca el artículo 129 donde se establece la posibilidad de que el órgano de contratación señale en el pliego el organismo u organismos donde los licitadores pueden obtener la información pertinente sobre la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad.

El artículo 145 prevé que pueda establecerse como criterio social valorar el fomento de la integración social de personas con discapacidad, siempre que dicho criterio esté vinculado al objeto del contrato.

También el artículo 147 establece como criterio de desempate de ofertas, vinculado al objeto del contrato, la posibilidad de que el órgano de contratación recoja en el pliego que el empate se decantará a favor de las empresas que tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa.

En caso de que no se fije en el pliego, dicho artículo, en su apartado 2 dispone que el empate se resolverá a favor de las empresas que tengan mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad.

Por último, en el artículo 202 se establece la posibilidad de recoger en el pliego, como condición especial de ejecución, siempre que esté vinculada al objeto del contrato, el contratar a un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional. Debiéndose establecer los efectos en caso de incumplimiento, que pueden ser: la imposición de una penalidad en caso de incumplimiento o configurarla como una condición especial de ejecución cuyo incumplimiento llevaría a la consecuente resolución contractual.

Vamos a prescindir de las informaciones establecidas en el artículo 129, de su utilización como criterio de adjudicación y como fórmula de desempate, si bien luego haré una referencia a ella, y nos referiremos, únicamente, a su aspecto como prohibición de contratar y como condición especial de ejecución.

En su configuración como prohibición de contratar, el legislador ha buscado que no se puedan celebrar contratos con empresas que no cumplan con el requisito de tener contratados, en el momento de presentar sus ofertas, a un 2% de trabajadores con discapacidad si estuviera obligado a ello por la legislación social, esto es que no cumplan con la legislación nacional de integración de personas con discapacidad, si bien dicha prohibición está diferida a un ulterior de desarrollo reglamentario.

Se advierte que esta prohibición para contratar, que es básica, es previa a la

celebración del contrato, y no está configurada como una obligación contractual, ya que no se podría llegar a celebrar el contrato con persona incurso en dicha prohibición, sino que se configura como el deseo que tiene el legislador de que el adjudicatario cumpla la legislación en materia de integración de personal discapacitado, y cuyo efecto es no poder celebrar el contrato al estar incurso en prohibición para contratar, so pena de ser nulo. Se vuelve a recordar que dicha prohibición está diferida a un ulterior desarrollo reglamentario.

Por el contrario, y establecida como una obligación contractual durante la ejecución del contrato, se encuentra la condición especial de ejecución de compromiso de contratar a trabajadores con discapacidad en número mayor al que legalmente esté obligado el adjudicatario, con el requisito para poder incluir dicha condición especial en el contrato de que esté vinculada la condición especial al objeto del mismo.

La incidencia de la ley 9/2017 en el Decreto 213/1998.

A la vista de lo anterior debemos analizar cuál es la incidencia de la ley 9/2017 en el Decreto 213/1998.

Respecto a si el Decreto 213/1998 estableció alguna prohibición para contratar con la Comunidad de Madrid por no tener contratados a personas con discapacidad conforme obligaba la legislación nacional, la respuesta es no, ya que el establecimiento de prohibiciones para contratar ha sido siempre legislación básica del Estado.

Queda plantearse si la obligación contenida en el Decreto 213/1998 en relación con los trabajadores minusválidos – hoy discapacitados – se puede configurar, o está incluida, como una condición de ejecución especial de las previstas en el artículo 202 de la Ley.

Una mera lectura del artículo nos dice que sí, ya que dicho artículo establece como una de las condiciones de ejecución especial de carácter social el contratar a trabajadores discapacitados.

No obstante establece dos diferencias fundamentales respecto a nuestro Decreto 213/1998. La primera que dicha contratación debe de ser superior al exigido por la legislación nacional y la segunda que dicha condición esté vinculada al objeto del contrato.

A la vista de lo anterior, y teniendo en cuenta que el artículo 202 es básico cabe

concluir lo siguiente:

1º.- Que la obligación contenida en el Decreto 213/1998 de tener contratados al menos a un 2% de trabajadores minusválidos si la empresa tiene 50 o más trabajadores es una condición especial de ejecución del contrato. Es una condición porque se establece como de obligado cumplimiento, imponiendo una penalidad contractual en caso de no llevarla a efecto. Es especial ya que se diferencia de la obligación contractual que tiene de la prestación objeto del contrato. Y es una condición que se produce durante la ejecución del contrato ya que nuestro Decreto obliga al adjudicatario durante la vigencia del contrato a tener contratado a ese personal.

2º.- Que dicha condición especial de ejecución ya no puede ser cumplir al menos con el 2% , mínima exigencia legal, sino que debe de superar dicho porcentaje tal y como establece el artículo 202, del que volvemos a recordar su carácter de básico.

3º.- Que no se puede establecer la condición especial de ejecución del Decreto 213/1998, con carácter general en todos los pliegos de la Comunidad, ya que el artículo 202 establece, además, que las condiciones especiales de ejecución deben de estar vinculadas al objeto del contrato.

Para finalizar:

- Debemos recalcar en los modelos de pliegos que si se utiliza esta condición especial de ejecución debe de estar vinculada al objeto del contrato.

- Que podría defenderse la vigencia del Decreto 213/1998 en la medida que se estableciera como condición especial de ejecución un porcentaje mayor del establecido legalmente. Lo que el propio Decreto permite tal y como está redactado el artículo 4, si bien, vuelvo a repetir vinculado al objeto del contrato.

- Respecto a la declaración responsable, si se considera necesario incluir una, debería ser genérico, para que pudiera servir para esta o cualquier condición especial de ejecución, pero si no se incluye tampoco pasaría nada, ya que la participación en la licitación lleva aparejada aceptar el pliego. Eso sí, fuera del modelo establecido en el Anexo I.2, ya que no responde a una condición establecida legalmente para contratar con la Comunidad de Madrid.

Como afecta a los modelos de pliegos:

La incidencia del artículo 202 en el Decreto 213/1998 hace que hayamos de plantearnos los modelos de pliegos que hemos aprobado, a continuación propongo una modificación de la citada cláusula para someter a la consideración de los demás miembros de la Junta.

También propongo la modificación de la cláusula donde se establece la preferencia en la adjudicación y la supresión del modelo del Anexo I.2, tal y como explico más adelante.

La cláusula 33 del pliego de obras abierto simplificado que he tomado como modelo está redactada como sigue:

Redacción actual

Cláusula 33. Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad.

El contratista, conforme a lo dispuesto 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, durante la vigencia del contrato, asume entre sus obligaciones la de tener trabajadores con discapacidad en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa, si esta alcanza un número de 50 o más trabajadores y el contratista está sujeto a tal obligación, de acuerdo con el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, o la de adoptar las medidas alternativas desarrolladas reglamentariamente por el RD. 364/2005, de 8 de abril.

La asunción de la citada obligación se realizará mediante la declaración responsable que se cita en la cláusula 11 “Forma y contenido de las proposiciones” de este pliego.

El contratista queda obligado igualmente a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el órgano de contratación cuando fuese requerido, en cualquier momento de la vigencia del contrato. La acreditación de dicho cumplimiento se efectuará mediante la presentación ante el órgano de contratación de los siguientes documentos: un certificado de la empresa en el que conste el número de trabajadores de plantilla y copia compulsada de los contratos celebrados con trabajadores con discapacidad.

Nueva redacción propuesta.

Cláusula 33. Condición especial de ejecución de tener contratado a personas con discapacidad en número superior al que exige la legislación nacional.²³

El contratista, conforme a lo dispuesto en el artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector público y del Decreto 213/1998⁴, 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, y siempre que dicha contratación esté vinculada al objeto del contrato, asume, entre sus obligaciones durante la ejecución del contrato, la obligación de tener contratados a trabajadores con discapacidad en número superior al que exige el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y disposiciones de desarrollo.

El contratista queda obligado igualmente a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el órgano de contratación cuando fuese requerido, en cualquier momento de la vigencia del contrato. La acreditación de dicho cumplimiento se efectuará mediante la presentación ante el órgano de contratación de los siguientes documentos: un certificado de la empresa en el que conste el número de trabajadores de plantilla y copia compulsada de los contratos celebrados con trabajadores con discapacidad o cualquier otro documento de acreditación admitido en derecho.

En caso de incumplimiento de esta obligación se impondrá una penalidad económica consistente en detraer de las certificaciones/facturas pendientes de pago, la cantidad que resulte de aplicar al importe de la garantía definitiva, un porcentaje que será del 10% de la misma.⁵

Respecto a lo recogido como preferencia en la adjudicación, en la cláusula 14 del mismo pliego:

2La utilización de esta cláusula esta cláusula sólo procederá si esta condición está vinculada al objeto del contrato. En el caso de que se utilice ya no sería necesario poner ninguna otra condición especial de ejecución.

3 El órgano de contratación también puede configurarla como condición esencial de ejecución, con lo que se deberá adaptar esta cláusula a dicha naturaleza.

4 Se podría mantener la vigencia del Decreto 213/1998 en la medida de que lo que el Decreto dispone no impide contratar a un número mayor de minusválidos que el legalmente establecido.

5 El órgano de contratación podrá variar, a su criterio, el porcentaje de penalidad. No se debe incluir ninguna referencia a la proporcionalidad del incumplimiento como hace el Decreto 213/1998, ya que en este caso o se cumple o no se cumple.

Redacción actual

*Tendrán preferencia en la adjudicación las proposiciones presentadas por aquellas empresas, que, sin estar sujetas a la obligación a que se refiere la **cláusula 33** del presente pliego “Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad”, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualaran en sus términos a las más ventajosas después de aplicar los criterios objetivos establecidos para la adjudicación del contrato. 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. Si varias empresas acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al indicado, tendrá preferencia en la adjudicación el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.*

Nueva redacción propuesta:

Tendrán preferencia en la adjudicación las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa. En este supuesto, 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 que les imponga la normativa, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.⁶

Otro contenido del pliego

Respecto al modelo recogido en el Anexo I.2 “Modelo de declaración responsable relativa al cumplimiento de las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Comunidad de Madrid”, suprimiría el párrafo que hace referencia a los trabajadores con discapacidad, dejando los otros.

También habría que eliminar las referencias a dicha declaración en el cuerpo del pliego.

⁶ Aplicable, también, si está vinculado al objeto del contrato y relacionado con la exigencia de la cláusula 33. También se puede optar por no poner nada, suprimir dicha preferencia y acogernos al 147.2 de la Ley.

CONSIDERACIONES

1.- El artículo 4 del 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, dispone que los órganos de contratación incluirán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, entre las obligaciones del contratista, una relativa al cumplimiento de tener empleados, durante la vigencia del contrato, trabajadores minusválidos en 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa, si ésta alcanza un número de 50 o más trabajadores y el contratista esté sujeto a tal obligación, de acuerdo con el artículo 38.1 de la ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos. Como consecuencia de ello, dispone que los licitadores, en el momento de presentar sus proposiciones, formularán una declaración responsable, por la que, de resultar adjudicatarios, se obligan a cumplir y a acreditar, ante el órgano de contratación, dicha obligación.

El objetivo de dicha medida fue, entre otras, la de utilizar los contratos públicos como un instrumento para la efectividad del cumplimiento de determinadas obligaciones impuestas por las normas de orden social, así como instrumento para llevar a cabo acciones positivas que puedan incidir en el empleo de determinados sectores del mercado de trabajo y contribuir a la consecución del principio constitucional del pleno empleo.

Como consecuencia de ello, se incorporó en los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa una cláusula con la citada obligación así como un anexo con el “Modelo de declaración responsable relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad”.

2.- La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE aboga abiertamente por los derechos de las personas con discapacidad, en relación, entre otros aspectos, con los criterios de adjudicación y con las condiciones de ejecución del contrato (Considerando 3), así como porque los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos (Considerando 37). Las respectivas obligaciones pueden reflejarse en cláusulas contractuales cuyo incumplimiento podría considerarse una falta grave del contratista, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público (Considerando 39). Asimismo, el Considerando 40 indica que el control del cumplimiento de las disposiciones

de Derecho medioambiental, social y laboral ha de efectuarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación: cuando se apliquen los principios generales sobre 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, debiendo realizarse la verificación conforme a las disposiciones al respecto de la Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado.

En el mismo sentido, el artículo 18.2 de la citada Directiva establece la obligación de que los Estados miembros tomen las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de los contratos, los operadores económicos cumplen las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, Derecho nacional, convenios colectivos o disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral que enumera en su anexo X.

3.- La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento Jurídico Español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) establece en su artículo 34.1 que podrán incluirse en los contratos del sector público cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

El apartado 2 del artículo 122 de dicha ley indica que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán, entre otros datos, las consideraciones sociales, laborales y ambientales que se establezcan como condiciones especiales de ejecución, así como los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

Por su parte, el artículo 202 de la LCSP dispone que los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas a su objeto y cumplan diversas condiciones, entre ellas que se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos. Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras finalidades, con la de contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional.

Por tanto, la ley distingue entre condiciones especiales de ejecución del contrato, y pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

La obligación impuesta a los licitadores por el Decreto 213/1998 constituye una obligación que han de asumir los licitadores para optar a la adjudicación del contrato y ha

de aplicarse a todos los contratos, con independencia de su objeto, al no encontrarse vinculada al objeto del contrato. Su objetivo es asegurarse el compromiso del licitador de que cumplirá con la legislación vigente en la materia durante la ejecución del contrato, si está obligado a ello.

Por el contrario, si se opta por incluir la contratación de personal con discapacidad como condición especial de ejecución del contrato, únicamente podrá efectuarse en los contratos en que esta condición se encuentre vinculada al objeto y, además, ha de exigirse que el contratista contrate un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación, no el mismo número que exige la legislación nacional. Se trata, por tanto, de dos cuestiones diferentes, por lo que se considera que no procede la modificación al respecto de los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares, dado que contienen una obligación del contratista aplicable a todo tipo de contratos y no una condición especial de ejecución para determinados contratos.

4.- Por otra parte, en la cláusula relativa a la adjudicación del contrato, se menciona que tendrán preferencia en la adjudicación las proposiciones presentadas por las empresas que, sin estar obligadas a tener contratados trabajadores con discapacidad, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas.

La disposición adicional octava de la derogada Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas establecía que los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones de las empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores discapacitados no inferior al 2%, si igualan en sus términos a las más ventajosas. Esta disposición se mantuvo en los mismos términos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Por su parte, el artículo 5 del Decreto 213/1998 establece la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por las empresas que, sin estar sujetas a la obligación de tener empleados a trabajadores con discapacidad, 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 tras aplicar los criterios de adjudicación. En este sentido se encontraban redactados los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares hasta la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que, en su disposición adicional sexta, indica que los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos la preferencia en la

adjudicación para las proposiciones presentadas por empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por ciento, por lo que se cambió la redacción de los pliegos, sustituyendo el porcentaje no inferior al 2 por 100 por superior al 2 por 100.

Esta misma redacción figura en la disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y de forma similar en el artículo 147 de la vigente LCSP, que establece como posible criterio de desempate las proposiciones presentadas por empresas que tengan en plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa, con la salvedad de otorgar a este criterio un carácter específico, por lo que ha de estar vinculado al objeto del contrato, salvedad que no contemplaba la normativa anterior ni el Decreto 213/1998, que le otorgan un carácter general, no específico.

Teniendo en cuenta la normativa expuesta al respecto, se considera más conveniente la redacción del criterio de desempate conforme a lo dispuesto en el Decreto 213/1998, dado que, al establecer la preferencia para las proposiciones presentadas por empresas que no estén sujetas a la obligación de contar con trabajadores capacitados, no parece razonable exigir a dichas empresas que cuenten con un número de estos trabajadores superior al exigido por la norma a las empresas obligadas a ello. Asimismo, lo dispuesto en el citado Decreto resulta de obligado cumplimiento, en tanto no sea derogado, por lo que este criterio de desempate tiene carácter general, no específico, y afecta por ello a los pliegos de todos los contratos, con independencia de su objeto.

5.- Por último, indicar que la admisión de las propuestas formuladas debería llevar aparejada la previa derogación del citado Decreto 213/1998, de 17 de diciembre.

Por lo expuesto, esta Comisión Permanente considera procedente la adopción del siguiente

ACUERDO

- 1.- Mantener la redacción actual de la cláusula relativa a las medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad.
- 2.- Redactar el criterio de desempate en la adjudicación conforme a lo dispuesto en el Decreto 213/1998.