

Juan Francisco Mestre Delgado
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

SUMARIO: I. Planteamiento. –II. Consideración previa e imprescindible para comprender el modelo de regulación procedente del Derecho de la Unión: la significación del interés público en la contratación pública y el carácter transversal de las políticas sociales y medioambientales. –III. Un recordatorio respecto a la regulación, europea e interna, y sobre todo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, preexistente. 1. Las previsiones de las Directivas de la década de los 70. 2. Las reglas incluidas en las Directivas de los años 90. 3. Los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. –IV. Las reglas incorporadas en 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 suministros y de servicios. –V. La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. –VI. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre y la regulación de la discapacidad. –VII. Una consideración final.

I. PLANTEAMIENTO

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ha declarado que para lograr uno de los dos objetivos que “inspiran” la regulación que contiene (conseguir una mejor relación calidad-precio) “por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adju-

dicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato” (segundo párrafo del apartado II del Preámbulo).

La posibilidad de utilizar la contratación pública como instrumento para la realización de políticas sociales, y en particular referidas a la discapacidad (como sucede en relación a otros ámbitos sectoriales, destacadamente el medioambiental) encuentra no solo antecedentes sino explicaciones fundadas en la propia significación de la contratación pública. No es, por tanto, ni exacto ni preciso que la Ley 9/2017 incorpore ex novo una regulación sobre la discapacidad en el ámbito de la contratación pública, porque aquella procede de reglas y regulaciones precedentes, y el impulso o el respaldo que se ha producido en el aspecto que nos ocupa se debe, fundamentalmente, a las determinaciones del Derecho de la Unión Europea en materia de contratos. Y ni siquiera que resulte obligatorio, de forma automática y autoejecutiva, hacerlo en cada contrato, como no lo era en las normas anteriores. Trato de explicarlo seguidamente.

No sin antes poner de manifiesto la relevancia que tiene tanto la posibilidad de instrumentar otras políticas mediante la contratación pública, en términos generales, y en particular la política en materia de discapacidad. Cuestión distinta es determinar si el protagonismo lo ha asumido en la materia la Ley de 2017, y también si las medidas que ha incluido son suficientes para materializar decididamente el tratamiento jurídico de la discapacidad en el ámbito de la contratación pública.

II. CONSIDERACIÓN PREVIA E IMPRESCINDIBLE PARA COMPRENDER EL MODELO DE REGULACIÓN PROCEDENTE DEL DERECHO DE LA UNIÓN: LA SIGNIFICACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL CARÁCTER TRANSVERSAL DE LAS POLÍTICAS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES

1. La regulación de los contratos públicos en España, desde el siglo XIX, ha tendido a posibilitar que las Administraciones Públicas obtuviesen en las mejores condiciones posibles las prestaciones (construcción de obras públicas, realización de suministros, prestación de servicios públicos) de interés público. Aquellas han tenido siempre la posibilidad de elegir si la realización de la finalidad pública en cuestión se asumía directamente por ellas, o si resultaba conveniente reclamar la colaboración del sector privado, mediante la contratación pública (a salvo de algunos supuestos, previstos en las leyes, que imponían la actuación directa de las Administraciones). Cuando se adopta la decisión de involucrar al sector privado (lo que históricamente se produce como

consecuencia, fundamentalmente, de la escasez de recursos económicos públicos para afrontar la prestación, aunque en algunos casos también por contar el sector privado con mejores recursos tecnológicos) la regulación jurídica pretende rodear de garantías a la Administración para que el contrato se ejecute correctamente, y en definitiva para proteger los intereses públicos: a esta finalidad principal se enderezan todas las reglas previstas en la regulación de la selección de contratistas y de la adjudicación de los contratos, en el Derecho histórico español (capacidad de los contratistas, régimen de garantías, delimitación del objeto del contrato, principio de legalidad presupuestaria, etc...).

Conviene recordar que nuestro régimen de Derecho Administrativo, sustancialmente distinto –al menos, históricamente– de otros modelos (los de *common law* fundamentalmente: también, los del denominado “Derecho Administrativo privado”) se rige por la existencia de una suerte de prerrogativas o privilegios con los que el legislador adorna el comportamiento de las Administraciones Públicas, que no son una persona jurídica más que actúa en pie de igualdad con los operadores privados, sino una *potentior personae* que, para cumplir las finalidades atribuidas por el ordenamiento (en nuestro caso, conforme a la cláusula del artículo 103 CE, satisfacer los intereses generales) actúa normalmente, en el tráfico jurídico administrativo, conforme a una suerte de prerrogativas instrumentales al servicio de la satisfacción de los fines de interés general, la protección de los intereses públicos y, en el ámbito de los contratos en especial, la protección de los recursos económicos públicos. Estas constituyen un haz de facultades que, en un buen número de casos, mejoran su posición jurídica con respecto a la que es propia de los sujetos privados (así, la capacidad de resolver unilateralmente conflictos jurídicos –autotutela declarativa– o la de ejecutar por sí misma, sin necesidad de acudir a los Jueces, sus propias decisiones –autotutela ejecutiva– de forma más señalada); aunque también existen prerrogativas *in peius*, que restringen o limitan su capacidad de actuación con respecto a la que es propia de los sujetos privados (es el caso, por ejemplo, de la propia existencia del procedimiento administrativo de contratación).

En materia de contratos públicos todo ello encuentra acomodo y reflejo: con la finalidad de satisfacer los intereses generales, la Administración puede, por ejemplo, y frente a lo que sucede en la contratación privada, modificar unilateralmente el objeto del contrato, o incluso resolverlo y dejarlo sin efecto; pero, también, encuentra más severas limitaciones para contratar que las que se proyectan sobre los sujetos privados: si estos pueden contratar con quien quieran, en la forma que quieran, en las condiciones que consideren oportunas, cualesquiera prestaciones (salvo los límites generales que derivan de las leyes, la moralidad o el orden público) las Administraciones Públicas no pueden comportarse igual (deben respetar el procedimiento de selección, las exi-

gencias de la legalidad presupuestaria, las reglas de capacidad, la obligación de adjudicar en una determinada forma los contratos, etc.). Se trata de un régimen de Derecho Administrativo, construido sobre la base del modelo contractual común, sobre el que, sucesivamente y por razones diversas, se incorporaron las especialidades propias del Derecho de la Administración Pública.

2. En este entorno regulador, que identifica el mundo de la contratación pública, deben destacarse dos ámbitos de preocupación pública, concretados en las dos últimas décadas del siglo XX: por un lado, la desconfianza frente a la producción de fenómenos patológicos en la práctica de la contratación: circunstancia que explica la sucesión de reformas normativas que, en España, han tenido su encaje en la política de lucha contra la corrupción, incorporando en nuestra normativa medidas de control (mayor intensidad en las consecuencias que derivan de la legalidad presupuestaria, establecimiento de nuevas medidas de control, limitaciones a las modificaciones del objeto o características de los contratos, mayor severidad en las condiciones exigibles para contar con capacidad para ser contratista, entre otras); y por otro lado, y ahora como consecuencia de los intereses públicos comunitarios europeos, se ha identificado la existencia de un mercado único de la contratación pública, en el que deben protegerse los intereses de los empresarios radicados en Estados miembros; el principio de concurrencia, robustecido por los de no discriminación y publicidad, se erige en un aspecto central de la contratación pública. Puede sostenerse, en consecuencia, que ya no existe solo un interés público concretado en que la Administración respectiva obtenga las mejores prestaciones en las mejores condiciones posibles, sino que, además, este resultado debe obtenerse respetando los intereses –también dignos de protección pública– del mercado en que actúan los empresarios. Y en particular mediante la utilización transversal de la contratación pública para canalizar a su través otras políticas, que es algo que viene produciéndose desde hace décadas, mediante una tarea de justificación y delimitación que ha sido, principalmente, jurisprudencial.

III. UN RECORDATORIO RESPECTO A LA REGULACIÓN, EUROPEA E INTERNA, Y SOBRE TODO A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA, PREEXISTENTE

1. Las previsiones de las Directivas de la década de los 70

Las Directivas 71/305, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y 77/62, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos

de suministro, fueron las pioneras en la regulación de los contratos públicos en el entorno de la actual Unión. 34 y 32 artículos, respectivamente, que permitieron la formación del Derecho de la contratación pública europea y sobre todo la construcción de un régimen jurídico solvente por parte del Tribunal de Justicia, que también aquí encabezó el protagonismo en la formación del *ius publicum* común en la contratación pública. Ambas Directivas, integradas en el planteamiento de la época, y desde los inicios de las entonces Comunidades Europeas, de contenido y finalidad netamente económica, no contemplaban de forma expresa medidas sociales, ni por supuesto ambientales, en el ámbito de la contratación pública. En los criterios de “selección cualitativa” se contemplaba la exclusión de los licitadores por estar en situación de quiebra, por haber sido condenados por sentencia que afecte a la “moralidad profesional”, que no estén al corriente de sus obligaciones tributarias o que hubiesen facilitado información falsa. Y en los criterios de adjudicación se contemplaban dos (el precio más bajo, la oferta económicamente más ventajosa); cuando se emplea el criterio que no fuese solo el precio, se manejarían “diversos criterios que variarían según el contrato de que se trate: por ejemplo, el precio, el plazo de entrega, el coste de utilización, la rentabilidad, la calidad, las características estéticas y funcionales, el valor técnico, el servicio postventa y la asistencia técnica” (art. 25.1.b de la Directiva de 1976).

2. Las reglas incluidas en las Directivas de los años 90

Las Directivas 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre contratos de servicios, 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, del contrato de suministros, no incluyeron modificaciones relevantes en lo que afecta a la regulación que nos ocupa. Estuvieron vigentes hasta que la Directiva de 41 de marzo de 2004 desplegó sus efectos.

3. Los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

A) Interrumpo la descripción de la sucesión de las regulaciones, contenidas en las Directivas, para reflejar, incluso en términos cronológicos, los avances que en la materia se produjeron, con base en el modelo –escueto, como se ha indicado– incluido en las primeras Directivas sobre contratos.

Porque realmente los avances y la construcción técnica sobre la inclusión de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública, la delimitación de su ámbito, alcance y exigencias y la exclusión del intento de incluir en la contratación pública

otras políticas que resultan incompatibles con aquella constituye un mérito que debe reconocerse a la tarea constructiva de la jurisprudencia, a cuya estela se han redactado las sucesivas Directivas.

B) Muy sucintamente, puede recordarse que el Tribunal de Justicia se ha ocupado, sustancialmente, de tres grupos de criterios que presentaron un interés relevante desde esta perspectiva.

Por un lado, e inicialmente, ha declarado que es admisible la utilización de criterios sociales en la adjudicación de contratos, siempre que por un lado sean objeto de adecuada publicidad y que, por otro, no resulten discriminatorios. Está así declarado, inicialmente, en la Sentencia TJCE de 20 de septiembre de 1988 (Gebroeders Beentjes BV), en la que de forma muy precisa, y aparentemente limitada, vino a declarar que se podía incluir en la convocatoria una cláusula que permitiese valorar que el licitador ofreciese incluir parados de larga duración.

Por otro, y frente al planteamiento anterior, el Tribunal ha reprobado el intento de emplear criterios regionales, de equilibrio territorial en favor de regiones desfavorecidas, en el ámbito de la contratación pública, por atentar contra las bases de la regulación comunitaria de la contratación pública (el caso de referencia aquí es la Sentencia de 20 de marzo de 1990 –Du Pont de Nemours Italiana SpA/Unitá Sanitaria Locale número 2 de Carrara–), ya que la desigualdad objetiva en la que se encontraban las empresas radicadas en la zona desfavorecida en cuestión, si se compara con la de las empresas que se sitúan en las zonas “ricas” del Estado (por muchos factores) no se puede solventar reservando una parte o proporción de los contratos que se pretenden adjudicar en el ejercicio económico a empresas radicadas en la zona, porque esa compartimentación del mercado es, radicalmente, contraria a los principios que rigen la contratación pública en el entorno de la Unión Europea.

Y, en tercer lugar, ha resuelto las discrepancias existentes en relación con la pertinencia de aplicar criterios medioambientales en la adjudicación de los contratos públicos. La Sentencia central en este ámbito, cuya doctrina se ha reiterado en otras ocasiones más, es la de 17 de septiembre de 2002 –Concordia Bus–. En ella se estableció que es plenamente admisible, siempre que se cumplan o respeten algunas condiciones, y en especial que las condiciones en cuestión se encuentren vinculadas con el objeto del contrato, que no atribuyan una libertad incondicional al poder adjudicador para la adjudicación del contrato, que se encuentren debidamente publicadas y anunciadas, y que no vulneren los principios generales del Derecho comunitario, en especial el de no discriminación. Esta doctrina ha sido reiterada en la Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (EVN AG), en la que se resuelve la cuestión prejudicial suscitada por el

Bundesvergabeamt (Austria) en la que el órgano proponente preguntó al Tribunal de Justicia si cabe, “en el concepto “oferta económicamente más ventajosa”, establecer criterios destinados a obtener ventajas que no son susceptibles de valoración económica objetiva inmediata, como los relacionados con la protección del medio ambiente”. La cuestión toma por base un concreto supuesto de hecho, conforme al cual se contempló, como criterio de adjudicación de un contrato de suministro de electricidad para todos los servicios de la Administración federal en el Land de Carintia (Austria) durante dos años, el de la “oferta económicamente más ventajosa según los criterios siguientes: incidencia de las prestaciones en el medio ambiente conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares”. El Tribunal de Justicia resolvió la cuestión invocando, precisamente, la Sentencia de 17 de septiembre de 2002 (Concordia Bus Finland), en la que señaló que “no todos los criterios de adjudicación deben contar con una naturaleza meramente económica. El Tribunal admitió que, en la oferta más ventajosa económicamente, se pueden tener en cuenta criterios ecológicos, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación (sentencia Concordia Bus Finland, antes citada, apartado 69)”. Con base en esta declaración, y respetando sus exigencias, se concluye que el Derecho comunitario no se opone al establecimiento de un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables. Por otro lado, se planteó una segunda cuestión, referida al margen de actuación con el que cuenta el poder adjudicador para establecer la relevancia de un criterio como éste. En el caso, se atribuyó el coeficiente del 45%. En sí mismo –sostiene el Tribunal– no es contrario al Derecho comunitario, atendiendo a distintos elementos de juicio que desgrana en la propia Sentencia. En primer lugar, señala que, según jurisprudencia reiterada, “la elección de la oferta económicamente más ventajosa deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, siempre que dichos criterios vayan dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente y no confieran a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección para la adjudicación del contrato a un licitador (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction; y Concordia Bus Finland)”, añadiendo que “dichos criterios deben aplicarse respetando tanto las normas de procedimiento como los principios fundamentales del Derecho comunitario”. Desde esta perspectiva, la conclusión es clara: “siempre que se respeten los preceptos del derecho comunitario, las entidades adjudicadoras tienen libertad no sólo para elegir los criterios de adjudicación del contrato, sino también para determinar la ponderación de tales criterios, cuando esta permita una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa”. En se-

gundo lugar, y atendiendo al criterio en cuestión, el Tribunal señaló que, como ya había declarado en la Sentencia de 13 de marzo de 2001 (Preusen Electra), “la utilización de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad es útil para la protección del medio ambiente en la medida en que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero que figuran entre las principales causas de los cambios climáticos que la Comunidad Europea y sus Estados miembros se han comprometido a combatir”. Añade que la Directiva 2001/77 persigue la finalidad de favorecer, utilizando la pujanza de las fuerzas del mercado, un aumento de la contribución de las fuentes de energía renovables a la generación de electricidad en el mercado interior. Por ello, y en atención a la importancia del objetivo que se persigue, concluye señalando que “no parece que el atribuir a dicho criterio un coeficiente de ponderación del 45% obstaculice una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa”.

El resumen de los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia refleja, en mi criterio, con claridad lo que anticipaba. Por ello la selección del periodo temporal resulta ilustrativo y descriptivo del tiempo en que se construyó, jurisprudencialmente, el régimen de la utilización de la contratación pública para canalizar otras políticas transversales, que han seguido en lo sustancial las sucesivas Directivas.

IV. LAS REGLAS INCORPORADAS EN 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 SUMINISTROS Y DE SERVICIOS

La Directiva de 2004 no introdujo ya modificaciones sustanciales sobre el diseño anterior, sino adaptaciones o adecuaciones, ciertamente puntuales, tomando como base la construcción jurisprudencial. Al menos, en lo que afecta al ámbito social, en el que las referencias fueron limitadas. Se concentra sustancialmente en la regulación de las denominadas condiciones especiales de ejecución del contrato (en los términos del artículo 26, “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”). Aunque el protagonismo en las limitadas innovaciones, con respecto al modelo anterior de regulación, se concentró en el medioambiente; a él se aludió en la regulación de los criterios de adjudicación de los contratos (el artículo 53 reiteraba que los criterios de adjudicación eran el precio más bajo o la oferta económicamente más ventajosa, especificando que en éste caso se atenderá a “distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por

ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución” (la vinculación al objeto del contrato responde, como es claro, al criterio jurisprudencial al que ya he aludido); también en las condiciones especiales de ejecución a las que acabo de aludir; se incluyó una referencia explícita en la regulación de las denominadas especificaciones técnicas (el artículo 23.6 señaló que “cuando los poderes adjudicadores prescriban características medioambientales en términos de rendimientos o de exigencias funcionales, como las contempladas en la letra b) del apartado 3, podrán utilizar especificaciones detalladas o, en su caso, partes de éstas, tal como se definen en las etiquetas ecológicas europeas, (pluri)nacionales, o en cualquier otra etiqueta ecológica, siempre que: - sean apropiadas para definir las características de los suministros o de las prestaciones que sean objeto del contrato, - las exigencias de la etiqueta se desarrollen basándose en una información científica, - las etiquetas ecológicas se adopten mediante un proceso en el que puedan participar todas las partes implicadas, como son los organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, - y sean accesibles a todas las partes interesadas”). También se incluyó una regulación en materia medioambiental en relación a la capacidad técnica y profesional (artículo 50 en relación con el 48.2.f).

V. LA DIRECTIVA 2014/24/UE, DE 26 DE FEBRERO DE 2014, SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Esta Directiva, que deroga la de 2004, centra su atención en modificaciones de carácter más concreto o puntual sobre algunas de las reglas existentes, con la finalidad de incorporar algunos avances o algunos cambios de criterios derivados tanto de la experiencia adquirida, como de los criterios del Tribunal de Justicia, como en fin, de las nuevas regulaciones sectoriales. Según refleja en su Exposición de Motivos, los criterios en torno a los cuales se construye la regulación que incorpora son, por un lado, la utilización eficiente de los recursos públicos, y por otro lado la modernización de reglas vigentes, referidas en particular a las pequeñas y medianas empresas, a los objetivos sociales, a los derechos de las personas con discapacidad, así como a la tarea de aclarar determinados conceptos, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, y de incorporar la jurisprudencia.

Estos criterios generales concretan sus efectos en numerosas determinaciones específicas, salpicadas a lo largo de la Directiva, que enumero de forma meramente ejemplificativa y con un alcance general. Sobre algunas precisiones técnicas en la regulación del ámbito de aplicación (en particular, en las exclusiones *–in house–*) introduce algu-

nas modificaciones concretas en los procedimientos de selección de contratistas (manteniendo la aplicación general de los procedimientos abierto y restringido, se incluye la limitación de candidatos –art. 65–, se reforma el régimen del procedimiento negociado –licitación con negociación en el art. 29, negociado son publicidad en el 32– y manteniendo el diálogo competitivo –art. 30– se incorpora la asociación para la innovación –art. 31–), subrayando el interés por flexibilizar los procedimientos con negociación, la admisibilidad de variantes y los acuerdos marco. La regulación de la contratación electrónica se mantiene en lo sustancial (acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición, subasta electrónica, catálogos electrónicos, compra centralizada central de compras; podría destacarse la regulación de la contratación conjunta esporádica y la contratación con intervención de distintos Estados), como algunas de las reglas aplicables en punto a las especificaciones técnicas –art. 42–, etiquetas –art. 43– y publicidad –arts. 48 y ss.– anotando algunas modificaciones destacables en lo que afecta a las variantes y sobre todo a los lotes –art. 46– y a los plazos –art. 47–. En la línea anunciada en la propia Directiva, también se mantiene en lo sustancial la estructura general de la regulación de la capacidad para contratar (prohibiciones de contratar –art. 57–, habilitación para ejercer la actividad profesional, solvencia económico financiera, solvencia técnica y profesional, así como la regulación del documento europeo único de contratación) aunque destacando el interés por flexibilizar algunos de los requisitos, con algunas modificaciones. Sí debe destacarse la modificación incorporada en los criterios de adjudicación de los contratos, concretada en torno a la oferta económicamente más ventajosa (art. 67), de forma que sobre la base del precio o coste, y sin perjuicio de la regulación de las ofertas anormalmente bajas –art. 69– se aplica la relación coste-eficacia (por ejemplo, el coste del ciclo de la vida del producto: art. 68) o la mayor relación calidad-precio (que incluye criterios medioambientales –art. 97– y sociales). La Directiva mantiene la regulación de la subcontratación (art. 71) y la de la modificación del contrato (art. 72) que viene a suavizar un tanto el régimen más estricto establecido con anterioridad. La Directiva incorpora una inicial regulación de la rescisión del contrato (art. 73) y una previsión sobre la denominada gobernanza (art. 83) conforme a la cual deben imponerse reglas de ejecución y supervisión por parte de “autoridades, órganos o estructuras”.

Bien es cierto que la Directiva respalda decididamente por un lado el respaldo a las pequeñas y medianas empresas, y por otro los criterios sociales, en especial de la discapacidad, y medioambientales, en la regulación de la contratación pública.

VI. LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE Y LA REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD

Tal vez lo singular de la Ley de Contratos del Sector Público en este extremo es la explicación que emplea en la Exposición de Motivos, a la que aludía al inicio, donde

se afirma que se han introducido “sustanciales innovaciones”, añadiendo que una de las “principales novedades” consiste en “la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental”, así como la contemplación de las “exigencias de un “comercio justo” con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo”. Esta última referencia, concretada en el apartado 4 de la Disposición Adicional Sexta, puede considerarse como una novedad en nuestro Derecho positivo, a pesar de la aparente limitación de su protagonismo en el ámbito de la contratación pública y del alcance de la previsión legal, limitada a los casos de igualdad en las ofertas; pero la primera de ellas no parece, realmente, que constituya ni novedad ni innovación en nuestro Ordenamiento, no sólo porque en el listado enumerativo tenían cabida los criterios medioambientales, o porque en distintas normas sectoriales se encontraba previsto, sino también porque tal posibilidad contaba con respaldo explícito en el ámbito comunitario europeo, y en especial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

A pesar de tales declaraciones, en buena medida la regulación que contiene la nueva Ley de Contratos es claramente continuista con la legislación de contratos vigente; pretende incorporar las modificaciones establecidas en las Directivas de 2014, y aprovecha la ocasión para añadir algunas modificaciones concretas y puntuales que incluso se han ido explicitando a lo largo de la tramitación parlamentaria.

Es preciso subrayar que tanto en la Directiva como en la nueva Ley destaca un apoyo, relevante en relación a las regulaciones precedentes, al ámbito de la discapacidad en el mundo de la contratación pública. Se incluyen entre las previsiones de la Ley el respecto al menos las siguientes:

En la regulación de la capacidad de los empresarios para contratar con quienes se integran en el sector público se incluye una previsión conforme a la cual se incurre en causa de prohibición de contratar cuando se ha sido sancionado “con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente” (art. 71.1.b).

Se mantiene la regulación en materia de criterios de adjudicación en lo que a la discapacidad se refiere. La regla general es que los contratos se adjudican “utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio”, añadiendo la Ley (art. 145.1) que “previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del

coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148”. Y en la determinación de la mejor relación calidad-precio se evaluará —establece el apartado 2 del mismo artículo— con arreglo a criterios económicos y cualitativos. En estos últimos pueden incluirse, entre otros, y en función de lo que determine el órgano de contratación, las características sociales del contrato (también, en una enumeración que no tiene carácter limitativo, sino meramente enunciativo, la calidad, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; 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, y el servicio postventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega) que pueden referirse, “entre otras, a las siguientes finalidades: al 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, y en general la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción...”.

Se ha incluido en el artículo 147 una regla conforme a la cual los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos “criterios de adjudicación específicos para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas”. Entre dichos criterios se incluyen las proposiciones presentadas por 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” y proposiciones presentadas por empresas de inserción.

En las reglas sobre la ejecución de los contratos se incluyen dos previsiones al respecto. Por un lado, aquella conforme a la cual los órganos de contratación “tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V” (artículo 201). Y por otro lado, en la regulación de las condiciones especiales de ejecución (que los órganos de contratación pueden establecer, en el sentido del artículo 145 de la Ley, aunque es obligatorio incluir al menos una en los pliegos) se especifica que “podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social” (art. 202). Y en este último ámbito las condiciones que se incluyan deben perseguir alguna de las finalidades que se re-

flejan en el extenso artículo 202.2, que identifica, entre otras muchas, “hacer efectivos los derechos reconocidos en 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 especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción...”.

VII. UNA CONSIDERACIÓN FINAL

Aunque no sea particularmente innovadora en este aspecto, la Ley de Contratos ha incluido las previsiones en materia de discapacidad que derivan de lo establecido en la Directiva de 2014. Sin duda, es una regulación de interés y relevante en la tarea de impulsar la protección y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito de la contratación pública. Pero sin perjuicio de esta constatación la valoración de esta regulación no puede ser favorable, precisamente porque resulta poco ambiciosa, poco innovadora e incluso poco imaginativa para avanzar en la protección de los derechos de las personas con discapacidad y la materialización de políticas de integración efectivas. Si las previsiones son ciertamente limitadas (es realmente poco ambicioso incluir como condición especial de ejecución “hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención”, cuya significación y relevancia no es preciso subrayar ahora), y la búsqueda del adecuado equilibrio con los demás criterios medioambientales y sociales presenta evidentes dificultades, tal vez lo más relevante, en mi criterio, es la escasa fuerza vinculante de las medidas y previsiones que contempla, el amplio margen de disponibilidad en la apreciación e inclusión de determinaciones concretas que se atribuye a los órganos de contratación, y la evanescente regulación de acciones, y no sólo judiciales, que de forma efectiva contribuyan a materializar y a garantizar las determinaciones en materia de discapacidad, que sigue siendo, en este y en otros ámbitos, un reto pendiente de solventar.