

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 23 de octubre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don D.G.P., en nombre y representación de Serlingo Social S.L.U., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicios de auxiliares de 18 centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social” (dos lotes) número de expediente: A/SER-012439/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 26 de septiembre de 2019, se publicó respectivamente en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el BOCM, el anuncio de licitación del contrato de servicios indicado dividido en dos lotes, a adjudicar por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios.

El valor estimado del contrato asciende a 2.883.487,20 euros. El plazo de duración de contrato será de dos años.

Segundo.- Interesa conocer para la resolución del recurso que en el apartado 1 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) se establece lo siguiente: *“Contrato reservado a Centro Especial de Empleo de iniciativa social y a Empresas de Inserción: Sí, conforme a la Disposición adicional*

cuarta de la LCSP y al Acuerdo de 3 de mayo de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la reserva de contratos públicos a favor de ciertas entidades de la economía social y se impulsa la utilización de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública de la Comunidad de Madrid.

Lote/s reservado/s a Centro Especial de Empleo de iniciativa social y a Empresas de Inserción: Los dos lotes”.

El plazo de presentación de ofertas terminó el 7 de octubre de 2019, han presentado propuestas 4 licitadoras entre ella la formulada por la recurrente.

Tercero.- Con fecha 10 de octubre de 2019, tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Serlingo Social S.L.U. quien manifiesta en primer lugar que la presentación de la oferta a la licitación ha sido anterior a la presentación del recurso, no obstante al basar su recurso en una nulidad de pleno derecho de los pliegos de condiciones, opera la excepción del artículo 50.1 de 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 (en adelante, LCSP).

Fundamenta su recurso en la limitación de la competencia entre las empresas, al reservar determinados contratos a centros especiales de empleo, según se establece en la Disposición Adicional 4 de la LCSP en sintonía con el artículo 20 de la Directiva 2014/24UE , pero bajo los requisitos que la ley nacional impone a una empresa para ser considerada centro especial de empleo en la Disposición Adicional 14, por lo que en definitiva considera que la transposición de la Directiva en este aspecto no ha sido válida y en consecuencia debe aplicarse el texto europeo de forma directa.

Manifiesta también su deseo de que este Tribunal plantee ante la autoridad europea una cuestión prejudicial.

Con fecha 17 de octubre de 2019 se recibió copia del expediente y el informe

preceptivo del órgano de contratación al que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, en el que expone la normativa que ampara la reserva de los contratos y la división y reserva de lotes que se efectúa en el Pliego y se solicita la desestimación del recurso.

Cuarto.- El recurrente en su escrito solicitaba la adopción de medidas cautelares. Este Tribunal mediante acuerdo de fecha 15 de octubre ha denegado dicha solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un licitador *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra el Pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo, la publicación de la convocatoria poniendo los Pliegos a disposición de los interesados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se efectuó el día 20 de septiembre de 2019, habiéndose interpuesto el recurso en fecha 10 de octubre de 2019.

Hay que destacar que el plazo de licitación finalizó el día 7 de octubre y que el recurso se presenta el día 10 de octubre, por lo que solo si éste se basa en una cuestión de nulidad, podrá admitirse el recurso todo ello de conformidad con el artículo

50.1.b) de la LCSP.

Para determinar si el recurso se fundamenta en causa de nulidad, debemos entrar a valorar su fondo

Quinto.- En cuanto a los motivos de recurso, la recurrente expone de forma pormenorizada lo que constituye, a su juicio, el contenido y alcance del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, concluyendo que la posibilidad de reserva que contempla puede ser aplicada o no por los estados miembros, pero caso de serlo, tiene que llevarse a cabo en los términos de la Directiva, es decir a favor de empresas que cuenten con -al menos- 30 % de personal con discapacidad y cuyo objeto esencial sea la promoción del empleo de dicho personal.

Añade además que la Directiva no establece más requisitos como el de la reinversión de los beneficios en la finalidad social o que los licitadores tengan un 50% de capital social proveniente de fundaciones u organizaciones similares.

Invoca distintas resoluciones de Tribunales Contractuales como por ejemplo, la Resolución nº 109/2018, de 15 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León; la Resolución nº 860/2018 de 1 de octubre de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, admitiendo que en dichas resoluciones se han llegado a conclusiones distintas a las alcanzadas por los Tribunales ordinarios de Justicia.

Manifiesta que ante la situación descrita el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ATSJ, Sala de lo Contencioso, Sección: 1, de 17/07/2019; Nº de Recurso: 626/2018 Id Cendoj: 48020330012019200164) al considerar de forma expresa que la Disposición Adicional 4ª LCSP no transpone el tenor del art. 20 de la Directiva 2014/24/UE, al exigir requisitos adicionales no previstos y excluyentes de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa privada.

Pretende la suspensión del procedimiento de licitación hasta la resolución de la cuestión prejudicial anteriormente referida.

El órgano de contratación en su informe expone que *“En cuanto al objeto del recurso, la recurrente estima que los pliegos de cláusulas administrativas particulares adolecen de nulidad de pleno derecho debido a la reserva del contrato a favor de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social.*

Sustenta su recurso en que a su juicio, la LCSP ha realizado una incorrecta transposición del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, pues considera que la figura que contempla la citada norma europea no se corresponde con el concepto de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social establecido en la disposición final decimocuarta de la LCSP.

Para la recurrente esta transposición supone una restricción a la libertad de licitación y a los principios de igualdad y concurrencia, pues se discrimina a unos Centros Especiales de Empleo de otros, según su forma societaria y forma de distribución de capital.

El pliego de cláusulas administrativas que rige la licitación del contrato de “Servicios auxiliares en 18 centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social (2 lotes)”, expediente A/SER-012439/2019, se limita a aplicar la previsión contenida en la disposición adicional cuarta de la LCSP que contempla la posibilidad de que determinados contratos puedan reservarse a centros especiales de empleo de iniciativa social o de empresas de inserción. En el ámbito de la Comunidad de Madrid, mediante Acuerdo de 3 de mayo de 2018, del Consejo de Gobierno, se establecieron los porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos, o lotes de los mismos, a favor de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y de Empresas de Inserción.

En consecuencia, la cláusula del contrato no limita la concurrencia, sino que aplicando las previsiones de la normativa vigente reserva el contrato a favor de una determinada categoría de operadores económicos, en base al cumplimiento de razones de interés social”.

En primer lugar, resulta necesario precisar que la recurrente no plantea en su recurso el efecto directo del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, sino si de los términos en los que se expresa la misma se puede deducir que la LCSP ha realizado

un trasposición vulneradora del ordenamiento de la UE, es decir, si se ha excedido de los términos de dicho artículo.

Este Tribunal ya ha manifestado en su Resolución 368/2018 de 10 de noviembre que: “El artículo 20.1 de la Directiva 2014/24/UE, establece:

Contratos reservados

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

De acuerdo con el criterio expresado por las Resoluciones anteriormente citadas del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, criterio que este Tribunal comparte plenamente, el tenor del artículo 20 de la Directiva supone que en este caso el legislador dispone de un amplio margen de decisión, puesto que la normativa europea, la Directiva, le permite que adopte o no la posibilidad de reserva y sus términos.

Por tanto es el legislador nacional a quien corresponde delimitar y concretar las condiciones de esos operadores económicos destinatarios de la reserva pudiendo establecer que tengan como objeto principal la integración social y profesional de las personas con discapacidad o más desfavorecidas o una especial configuración societaria.

Es necesario destacar el apartado 4 del artículo 43 del Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (TRLGDP) concreta los requisitos de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa Social a los que se aplica la reserva: participación en un 50% de entidades sin ánimo de lucro, o de reconocido carácter social, reinversión íntegra de sus beneficios en la creación de oportunidades de empleo o en el propio centro. En definitiva, el legislador pretende asegurar que la quiebra del principio de libre competencia, que en definitiva supone la reserva a favor de Centros Especiales de Empleo, en la contratación sirva al fin para

el que se ha establecido, mejora de las condiciones de empleo de las personas discapacitadas o desfavorecidas”.

Por todo ello, el recurso debe inadmitirse al haber sido interpuesto con posterioridad a la presentación de la oferta y no existir la causa de nulidad recogidas en el artículo 39.1 de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Inadmitido el recurso, no sería necesario pronunciamiento sobre la solicitud de plantear ante la autoridad europea cuestión prejudicial, no obstante este Tribunal considera conveniente sentar su doctrina al respecto.

Sobre la inadecuada transposición del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE nos adherimos a la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que en su resolución nº 836/2018 de 1 de octubre, aborda y resuelve en los siguientes términos: “ **Séptimo.** *A continuación, hemos de analizar si procede o no plantear desde este Tribunal, la cuestión prejudicial, a saber: si la transposición de la Directiva 2014/24/UE en lo referente a los contratos reservados ha sido bien recogida en la LCSP o si, por el contrario, la LCSP implica una vulneración, una infracción o un quebranto de la normativa comunitaria europea que goza del doble efecto: supremacía y efectos directos. Para que se pueda plantear una cuestión prejudicial deben darse los siguientes requisitos: Existencia de un litigio en el que se deba aplicar una norma de derecho comunitario. Existencia de dudas de interpretación de la norma o de validez de la misma o de su compatibilidad con el Derecho comunitario.*

Imprescindibilidad de la resolución de las dudas para poder resolver el litigio. Como podemos observar, la normativa europea (artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE) sigue su precavida línea de actuación al no delimitar la forma jurídica de las entidades susceptibles de ser beneficiarias, en tanto ésta puede ser muy diversa en función del Estado miembro, por lo que la opción elegida por el Legislador nacional de reputar como beneficiarios de los contratos reservados a los CEE de iniciativa social no entra en colisión directa con la normativa comunitaria y desde luego, su interpretación laxa acoge el espíritu del artículo 20 de la Directiva y así se ha llevado a la Disposición Adicional Cuarta, en el sentido de redundar en beneficio de la integración y del derecho al trabajo de las personas con discapacidad. No existen dudas de interpretación ni contravención de la normativa española frente a la norma comunitaria, ante la exigencia impuesta legalmente de que la entidad titular del CEE, para que éste sea calificado como de iniciativa social, deberá recoger en sus estatutos

sociales o en su acuerdo social la obligación de reinvertir íntegramente sus beneficios para destinarlos a la creación de oportunidades de trabajo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad o de su actividad de economía social, teniendo la facultad de optar por la reinversión en su propio CEE o en otros CEE de iniciativa social. En efecto, el artículo 43 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad define a los CEE en base a dos elementos: la titularidad y el destino de los posibles beneficios. Por lo que se refiere a la titularidad del CEE, la ley establece dos supuestos en que podremos estar ante un Centro Especial de Empleo de iniciativa social:

a) Cuando el CEE sea titularidad de entidades de economía social sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus estatutos.

b) Cuando el CEE sea titularidad de sociedades mercantiles en que la mayoría de su capital social sea propiedad de una entidad de economía social sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus estatutos.

Con fundamento en dichas consideraciones este Tribunal aprecia que no concurre el juicio de relevancia para elevar la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Lógico corolario de todo lo anteriormente expuesto nos ha de conducir a la desestimación del recurso por entender que los pliegos rectores del procedimiento de contratación señalado en el encabezamiento son conforme a Derecho”.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación formulado por don D.G.P., en nombre y representación de Serlingo Social S.L.U., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicios de auxiliares de en 18 centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social” (dos lotes) número de expediente: A/SER-012439/2016, por haber sido interpuesto con posterioridad a la

presentación de proposición a la licitación y no existir causa de nulidad de pleno derecho alegada.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.