

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

En Madrid, a 28 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don A.G.O, en nombre y representación de la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicios de auxiliares de información, atención al público y control de entradas en equipamientos del Distrito Centro Madrid, dividido en dos lotes (1-centros mayores y 2-centros culturales)”, número de expediente: 300/2018/01254, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 22 y 23 de octubre de 2018, se publicó respectivamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, 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 775.587,7 euros.

Segundo.- Interesa conocer para la resolución del recurso que en el apartado 7 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se establece lo siguiente:

“Lotes reservados de conformidad con la D.A. 4^a LCSP: Se reserva el lote 1 para centros especiales de empleo, y el lote 2 para empresas de inserción.

Los centros especiales de empleo vienen definidos actualmente en el artículo 43 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, haciéndolo de la siguiente forma: Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario.

En relación con la empresa de inserción, la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de empresas de inserción la define como aquella sociedad mercantil o sociedad cooperativa legalmente constituida que, debidamente calificada por organismo autonómicos competentes en la materia, realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación socio laboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario, y establece también los requisitos exigidos para adquirir esta consideración. En todo caso, se exige estar calificada e inscrita en el Registro Administrativo específico para empresas de inserción de la correspondiente Comunidad Autónoma en que se constituya”.

Tercero.- Con fecha 12 de noviembre de 2018, tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo, contra el PCAP del contrato por entender que se debe referir la reserva a todos los centros especiales de empleo y no solo a los denominados de iniciativa social por las razones que expone en el recurso. Alega además sobre la delimitación de los lotes, entre Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción: “*Creemos al respecto de esta segunda cuestión que si el Ayuntamiento pretende alentar la concurrencia y que una misma entidad no pueda ser adjudicataria de ambos lotes, puede articularlo, como de hecho así ha llevado a cabo, determinando que la misma entidad no pueda licitar a los dos, ahora bien, una cosa es ello y otra distinta, y en tal sentido se articula nuestra*

discrepancia que puedan hacerse por vía de la delimitación en distintos lotes, acotaciones del ámbito de los sujetos con acceso al contrato reservado, más restrictivas que las establecidas en el Artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE". En consecuencia solicita "el planteamiento de cuestión prejudicial ante la UE, vista la patente vulneración del ordenamiento de la Unión Europea y la indebida situación de privilegio, contraria a los derechos de igualdad de trato, concurrencia y transparencia en la que se deja a las entidades privilegiadas por esta nueva regulación".

Con fecha 15 de noviembre de 2018 se recibió copia del expediente y el informe preceptivo del órgano de contratación al que se refiere el artículo 56.2 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 (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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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 una asociación representativa de los intereses colectivos de las entidades afectadas *"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 la Plataforma de Contratación del Sector Público tuvo lugar el 22 de octubre de 2018, el recurso se interpuso el 12 de noviembre de 2018 por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto a los motivos de recurso, alega la recurrente en primer lugar la vulneración del ordenamiento de la Comunidad Europea: *“El contenido del pliego al incorporar la figura de los centros especiales de empleo de iniciativa social, se orienta a una finalidad claramente contraria a la que previene y justifica el ordenamiento de la UE en una materia como la que nos ocupa.*

Vulneración del artículo 20 de la directiva 2014/24/UE

Imposibilidad de aplicar la reserva prevista en la directiva europea a un colectivo de entidades distinto del previsto en la misma”.

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. En este sentido la Directiva no admite margen de apreciación, ni se convierte -como parece pretenderse- en un mecanismo para privilegiar en cada Estado miembro a quien se tenga por conveniente”*. Añade además que la reserva por razones sociales es una excepción a los principios generales en materia de contratación pública al restringir el ámbito de los sujetos con acceso a los contratos reservados u que aunque sea una excepción, dentro del ámbito de los contratos reservados y dentro de los sujetos comprendidos en el Artículo 20 de la Directiva, rigen los principios y derechos esenciales de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

El órgano de contratación en su informe expone que “*los pliegos impugnados se ajustan a la normativa nacional, por lo que la única argumentación que podría cuestionar la limitación de la reserva a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social sería la posibilidad de que se aplicase directamente el artículo 20 de la Directiva 2014/20/UE, permitiendo el acceso al contrato a los Centros Especiales de Empleo que no reuniesen los requisitos adicionales previstos en el artículo 43.4 del TRLGDPD.*

Por lo que respecta a la posibilidad de aplicación directa del artículo 20 de la Directiva cabría señalar que las Directivas son normas de derecho derivado de la UE que obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para conseguir dicho resultado... ”.

Cita además el Considerando 36 de la Directiva que establece lo siguiente: “*El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido*”. Manifiesta que esta posibilidad se incorpora a la normativa nacional en la Disposición adicional cuarta de la LCSP y en la regulación de los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social establecidos en el apartado cuarto del artículo 43 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGDP), apartado introducido por la Disposición Final Decimocuarta de la LCSP.

Finalmente se refiere a las Resoluciones 100/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi y 202/2018 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, en las que se considera que el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE no establece un mandato claro e incondicionado, sino que recoge la posibilidad de transposición, que el estado miembro puede o no ejercer, argumentando que *“del examen de las cuestiones planteadas por la recurrente se extrae la conclusión de que no se puede entender que el artículo 20.1 de la Directiva 2014/20/UE tenga efecto directo, que desplace la aplicación de la LCSP”*.

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.

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 Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi y del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, 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.

Por tanto es al 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.

Debe señalarse igualmente que la justificación de esta reserva se contiene en el Considerando 36 de la Directiva, como indica el Ayuntamiento, que se refiere expresamente a *“empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados”* entidades que en condiciones normales de competencia, pueden tener dificultades para obtener contratos.

Esto significa en primer lugar, que la existencia de una reserva no implica vulneración del principio de libre concurrencia puesto precisamente se quiebra tal principio, por razones expresas de interés social y atendiendo a la circunstancia de que las entidades que puedan licitar a esos contratos reversados, por sus características tengan muy difícil acudir ser adjudicatarias en un procedimiento abierto de contratación. En segundo lugar, que le corresponde al legislador nacional concretar qué características y condiciones deben cumplir esas entidades, señalando la Directiva una condición mínima, 30% de trabajadores discapacitados o desfavorecidos, pro en ningún caso excluyente de otras que siguiendo las anteriores justificaciones se puedan establecer.

El apartado 4 del artículo 43 del 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 en la contratación sirva al fin para el que se ha establecido, mejora de las condiciones de empleo de las personas discapacitadas o desfavorecidas.

En consecuencia, las cláusulas impugnadas resultan acordes con la normativa, no existe tampoco vulneración del derecho comunitario por lo que no procede el planteamiento de la cuestión prejudicial solicitada y debe desestimarse este motivo de recurso.

El segundo motivo de recurso se refiere a la delimitación de los lotes, acotando la reserva de cada uno de ellos, a centros de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción. Argumenta la recurrente que *“si el Ayuntamiento pretende alentar la concurrencia y que una misma entidad no pueda ser adjudicataria de ambos lotes, puede articularlo, como de hecho así ha llevado a cabo, determinando que la misma entidad no pueda licitar a los dos, ahora bien, una cosa es ello y otra distinta, y en tal sentido se articula nuestra discrepancia que puedan hacerse por vía de la delimitación en distintos lotes, acotaciones del ámbito de los sujetos con acceso al contrato reservado, más restrictivas que las establecidas en el Artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE”*.

El Ayuntamiento en su informe justifica la división en lotes y la reserva a distintas entidades ya que *“entre los requisitos y condiciones que se exigen para adquirir la calificación de Centros Especiales de Empleo, se encuentran, entre otros, que su plantilla esté constituida como mínimo por el 70 por 100 de personas trabajadoras con discapacidad, así como su inscripción en el Registro de Centros de la Administración General del Estado o de las Administraciones Autonómicas correspondientes. En relación a las empresas de inserción, de acuerdo a la Ley 44/2007 reguladora del régimen de empresas de inserción, se definen como aquellas sociedades mercantiles o cooperativas legalmente constituidas, debidamente calificadas por los organismos autonómicos competentes en la materia, que realicen cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación socio laboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario, y establece también los requisitos exigidos para adquirir dicha consideración. En todo caso, se exige estar calificada e inscrita en el Registro administrativo específico para empresas de inserción de la correspondiente Comunidad Autónoma en la que se constituya. A diferencia de los*

Centros Especiales de Empleo, cuya finalidad es promover el empleo con personas con discapacidad, las empresas de inserción persiguen la integración socio laboral de los colectivos de personas en situación de exclusión social.

De acuerdo con lo anterior, la reserva de un contrato no puede hacerse indistintamente a favor de ambas entidades, dada su distinta finalidad y régimen de aplicación. Por lo tanto, se trata de opciones excluyentes cuya elección corresponde al órgano de contratación, atendiendo a la adecuación del objeto y el importe del contrato con las actividades y características que presentan las entidades”.

La Disposición adicional cuarta permite la reserva de determinados contratos o la reserva de determinados lotes. Tratándose de entidades distintas, el órgano de contratación en base a lo dispuesto por el artículo 28 de la LCSP, puede establecer que cada lote se reserve a una entidad de diferente clase si considera que de esta forma se cumple de forma adecuada el fin perseguido con la reserva.

Por todo ello, el recurso debe desestimarse igualmente por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por don A.G.O, en nombre y representación de la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicios de auxiliares de información, atención al público y control de entradas en equipamientos del Distrito Centro Madrid, dividido en dos lotes (1-centros mayores y 2-centros culturales)”, número de expediente: 300/2018/01254.

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.