



EB 2018/070

Resolución 100/2018, de 13 de agosto, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO contra los pliegos del Lote 5 del contrato “Servicio de limpieza de los edificios e instalaciones de la UPV/EHU”, tramitado por la UPV/EHU.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de junio de 2018 la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (en adelante CNCEE) interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación pública contra los pliegos del Lote 5 del contrato “Servicio de limpieza de los edificios e instalaciones de la UPV/EHU”, tramitado por la UPV/EHU.

SEGUNDO: Con fecha 11 de junio se solicitaron al poder adjudicador el recurso, el expediente y el informe a los 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 (en adelante, LCSP). La citada documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO entre los días 13 de junio y 10 de julio.



TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 12/2018, de 15 de junio de 2018, este OARC/KEAO acordó suspender el procedimiento de adjudicación del Lote 5 del contrato.

CUARTO: No figuran interesados distintos al recurrente y al poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

En el expediente consta la representación de A.L.G.O., que actúa en nombre de la recurrente.

En lo que respecta a la legitimación, CONACEE integra a Asociaciones de Centros Especiales de Empleo y este OARC/KEAO aprecia un vínculo tangible entre los intereses legítimos colectivos que promueve la recurrente con la pretensión del recurso que consiste en la eliminación de los términos “de iniciativa social” que, en referencia a los Centros Especiales de Empleo, se incluyen en las tres cláusulas del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) impugnadas, lo que ampliaría el acceso al contrato a todos los Centros Especiales, que actualmente está limitado para los que no satisfacen el inciso recurrido. Además, se ha de tener en cuenta que conforme al art. 48 de la LCSP que, en todo caso, se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.



TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son actos impugnables los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación. En este caso se impugnan las cláusulas específicas 1.2.2, 20.7 y la cláusula genérica 11.3 del PCAP.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (en adelante UPV/EHU), tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP)

SEXTO: Argumentos del recurso

Los motivos en los que se funda el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El contenido del pliego vulnera el ordenamiento jurídico de la Unión Europea que, en materia de contratación pública, persigue la desaparición de cualesquiera normas que puedan suponer discriminación entre operadores económicos en lo referente a la obtención de contratos si bien existen excepciones a este principio como lo es la que figura en el art. 20 de la Directiva 2014/24/UE que reserva determinada categoría de contratos a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objeto principal sea la integración social y profesional con personas discapacitadas o desfavorecidas y que establece dos exigencias claras: finalidad de empleo de las personas con discapacidad y un mínimo de 30% de personas con discapacidad, sin que se autorice a imponer limitaciones adicionales, como la exigencia de reinversión.



b) La Disposición final decimocuarta de la LCSP, que Modifica el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (en adelante, TRLGDPD) y la Disposición adicional cuarta de la misma norma, que acota la posibilidad de reserva de determinados contratos o determinados lotes a los centros especiales de empleo “de Iniciativa Social”, dejando al resto de Centros Especiales de Empleo sin la posibilidad de acceder a tales contratos, son contrarias al sentido y finalidad de la Directiva 2014/24/UE, pues este inciso introduce una limitación que restringe el acceso al empleo del personal con discapacidad perteneciente a Centros Especiales de Empleo que no reúnan las condiciones del art. 43.4 del TRLGDPD y vacía de contenido las figuras de tales Centros Especiales de Empleo.

c) La UPV/EHU no puede contestar diciendo que esta regulación es voluntad del legislador porque ningún operador jurídico puede actuar a sabiendas de la vulneración de una norma de la Unión Europea y porque se produce una restricción a la concurrencia, al que debe unirse el componente discriminatorio.

d) La pretensión consiste en que se elimine el inciso “de iniciativa social” que, en referencia a Centros Especiales de Empleo, figura en las tres cláusulas impugnadas; asimismo, para el supuesto de considerarse necesario para resolver el recurso interpuesto, solicita que se plantee al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial en cuanto a la aplicación y alcance del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

UPV/EHU se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) La UPV/EHU se encuentra sometida al principio de legalidad (art. 103 CE) y no ha hecho más que aplicar la Disposición adicional cuarta de la LCSP y en



su virtud establecer la reserva del Lote 5 a favor de los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social.

b) Lo anterior no supone pronunciamiento en ningún sentido en relación con la hipotética colisión que se produce, a juicio de la recurrente, entre la Disposición Adicional cuarta de la LCSP y el art. 20 de la Directiva 2014/24.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

a) La pretensión del recurso

La pretensión del recurrente es que se elimine de las tres cláusulas impugnadas el requisito de que los Centros Especiales de Empleo que participen en el procedimiento de adjudicación sean de iniciativa social; además, en el supuesto de que se considere necesario para resolver el recurso, propone que se plantee una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la correcta transposición del art. 20 de la Directiva 2014/24.

La recurrente no discute que las cláusulas impugnadas se ajustan al contenido de la Disposición adicional cuarta de la LCSP, sino que considera que la transposición del citado art. 20 de la Directiva 2014/24 se ha efectuado de forma incorrecta, rebasando el margen de discrecionalidad que este precepto permite, pues restringe la reserva del contrato a un tipo concreto de Centros Especiales de Empleo, los de iniciativa social, en detrimento de los de iniciativa empresarial, sin que exista justificación para este efecto discriminatorio y con daño a la libre competencia.

b) Los términos del debate jurídico

En síntesis, y dado que, como ambas partes reconocen, los pliegos impugnados se ajustan a la normativa nacional (Disposición Adicional Cuarta



de la LCSP), la única argumentación legal que podría llevar a la estimación del recurso sería considerar, como pide CONACEE, que la aplicación de dicho precepto debe desplazarse en favor del efecto directo del artículo 20 de la Directiva 2014/20/UE, lo que permitiría el acceso al contrato a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa empresarial. En su caso, la recurrente invita al OARC / KEAO a que, si lo cree necesario, plantee una cuestión prejudicial ante el TJUE (artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) para materializar el efecto directo invocado y, en consecuencia, el éxito del recurso.

Para determinar la viabilidad de la argumentación del recurrente, este OARC / KEAO debe, en primer lugar, verificar si el citado artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE satisface los requisitos para gozar de efecto directo, cuestión que se analiza en la letra c) siguiente.

c) Sobre el posible efecto directo del artículo 20 de la Directiva 2014/54/UE

La naturaleza, alcance y requisitos del efecto directo fueron analizados en el documento “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”, elaborado por los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales¹. De dicho documento se deduce que la Directiva es una norma del derecho derivado de la UE que obliga 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. Así pues, al igual que el Reglamento y la Decisión, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; en consecuencia, no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial. Sin embargo, se trata de un acto jurídico de contenido

¹ Disponible en el siguiente enlace:
http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf



normativo que necesita para su eficacia de su incorporación en los distintos ordenamientos nacionales en un plazo establecido. Transcurrido este plazo sin que se haya incorporado su contenido, la consecuencia jurídica más relevante es que, si se cumplen ciertos requisitos, la Directiva tiene un efecto directo, de modo que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado a su aplicación, desplazando la norma nacional que la contradiga. Por lo que interesa al caso, es especialmente importante señalar que uno de los citados requisitos (quizás el más primario de todos ellos) es que la norma de la Directiva alegada contenga un mandato claro, preciso e incondicionado. Carecen de este requisito los preceptos cuyo contenido puede o no incorporarse al Ordenamiento nacional en virtud de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario, o los que se refieren a medidas legislativas que la Directiva delimita o perfila pero no especifica; por el contrario, los preceptos que establecen obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores sí cumplen esta condición.

La citada doctrina debe aplicarse al artículo 20.1 de la Directiva 2014/24/UE, que dice así:

Artículo 20

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.

La justificación de esta reserva se contiene en el Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE, en virtud del cual:

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.

Esta opción se incorpora al derecho interno en términos muy similares a los del TRLCSP, en la Disposición adicional cuarta de la LCSP, cuya literalidad es la siguiente:

Disposición adicional cuarta. Contratos reservados.

1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el 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, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

(...)

En lo que al motivo de impugnación se refiere, debe destacarse que la reserva se refiere a los “centros especiales de empleo de iniciativa social” y que la propia LCSP en su Disposición Final decimocuarta introduce un apartado cuarto al art. 43 del TRLGDP, en la que define este tipo de centros especiales de empleo en los siguientes términos:



Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.

A juicio de este OARC / KEAO, el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE no establece un mandato claro e incondicionado², se trata de una posibilidad de transposición (“podrá”) que el estado miembro puede o no ejercer, de tal modo que la opción de no incorporar este contenido (que supone una excepción al principio general del libre acceso a la contratación de todos los operadores económicos capacitados con independencia de su forma o características legales u organizativas) no hubiera merecido los reproches o consecuencias jurídicas de una transposición incorrecta. Con más razón, una vez tomada la opción de transposición, el legislador goza de un margen de discrecionalidad a la hora de definir y concretar en el derecho interno lo que se entenderá por “operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas”. La existencia de dicho amplio margen descarta que nos hallemos ante un mandato preciso, claro e incondicionado merecedor de efecto directo.

También se ha de descartar que en la transposición se hayan traspasado los límites del margen de apreciación del que dispone el estado miembro. En este

² En este sentido se manifiestan los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales en el documento “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”.



sentido, debe tenerse en cuenta que el Considerando 36 de la Directiva 2014/24, al justificar la razón de esta reserva de contratos a favor de determinadas entidades se refiere expresamente a “empresas sociales”; concepto que carece en el Derecho de la Unión Europea de una definición unívoca que deban respetar en todo caso los Ordenamientos nacionales y al que las distintas tradiciones lingüísticas, culturales y jurídicas de los países miembros han asignado significados diferentes. Así, la Comisión Europea ha propuesto, en el documento “Iniciativa en favor del emprendimiento social” (COM(2011) 682 final), una descripción basada en principios comunes a la mayoría de los Estados miembros, cuya diversidad de opciones políticas, económicas y sociales quiere respetar; de hecho, señala que tales principios comunes, similares por cierto a los ahora recogidos en el TRGLDPD, aluden a los operadores (i) para los cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social, (ii) cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social y (iii) cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejo de su misión.

Finalmente, señalar que no caben ser estimadas las alegaciones de que la reserva efectuada a favor de los centros especiales de empleo de iniciativa social es discriminatoria y contraria a la competencia, ya que el propio Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE lo considera un instrumento necesario para garantizar la igualdad de oportunidades.

Por todo ello, no cabe entender que el artículo 20.1 goce del efecto directo que invoca el recurrente, que pretende que dicha norma impone la consideración de que necesariamente deben incluirse en el ámbito de la norma de transposición las empresas de inserción de iniciativa empresarial.



d) Conclusión

Habida cuenta de que el único argumento para sustentar la invalidez de las cláusulas impugnadas es su oposición a una norma de la Directiva que gozaría de efecto directo y que desplazaría la aplicación de la LCSP, y este Órgano no aprecia que se den las circunstancias para imponer dicho efecto, el recurso debe desestimarse.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO contra los pliegos del Lote 5 del contrato “Servicio de limpieza de los edificios e instalaciones de la UPV/EHU”, tramitado por la UPV/EHU.

SEGUNDO: Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación del Lote 5 acordada por la Resolución B-BN 12/2018, de 15 de junio de 2018, este OARC/KEAO.

TERCERO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.



CUARTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko abustuaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de agosto de 2018