

**REMC 127-2021-SERV-CAB FVA.**

**Resolución nº 216/2021, de 27 de julio.**

*Recurso de licitadora contra adjudicación y su exclusión en contrato de servicio de apoyo al control de usuarios, accesos y aperturas, salidas y cierre de los centros deportivos del Cabildo de Fuerteventura, reservado a centro especial de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción. La recurrente interviene según señala con el propósito de salvaguardar su posición jurídica en caso de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie de manera definitiva sobre la cuestión prejudicial relativa a la Disposición Adicional 4ª de la LCSP a favor de los Centros Especiales de Empleo que sean de "iniciativa empresarial" y no sólo de "iniciativa social". Este Tribunal sostiene argumentación jurídica de nuestra anterior Resolución n.º 74/2021, de 11 de marzo, y los Pliegos de la presente licitación han quedado consentidos y firmes, más aún cuando las entidades afectadas por la exclusión en el procedimiento de licitación, presentaron su proposición aceptando las cláusulas de los mismos. El o.c en el procedimiento de licitación ha seguido lo indicado en los Pliegos que en la materia de reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a Empresas de inserción de iniciativa social, ha seguido lo dispuesto en la vigente LCSP, en su Disposición Adicional 4ª, lo cual no ha sido puesto en duda por la recurrente. Este Tribunal debe pronunciarse en el sentido de considerar ajustada a derecho el rechazo de la oferta de INTEGRA, y la adjudicación realizada a favor de CEE Granja Adisfuer, S.L.*

*Y esto por mucho que se hayan sido conocido las conclusiones del abogado general del TJUE sobre la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con la interpretación del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, puesto que no ha sido dictada la Sentencia correspondiente. DESESTIMACIÓN.*

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS**

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don JPM, en nombre y representación de **INTEGRA MANTENIMIENTO, GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L** (en adelante INTEGRA), contra la adjudicación a favor de la entidad CEE GRANJA ADISFUER, S.L. del contrato de servicio de apoyo al control de usuarios, accesos y aperturas, salidas y cierre de los centros deportivos del Cabildo de Fuerteventura, se dicta la siguiente **Resolución**:



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Mediante Resolución del órgano de contratación, el Consejero de Área Insular de Deportes y Seguridad y Emergencias del Cabildo de Fuerteventura, número CAB/2020/5536 de fecha 06.11.2020 se aprobó el expediente de contratación del “Servicio de apoyo al control de usuarios, accesos y apertura, salidas y cierre y control de instalaciones deportivas del Cabildo de Fuerteventura”, reservado a centro especial de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción (Disposición adicional 4ª de la LCSP), bajo el número de expediente SE0044/20. El 14 de noviembre de 2020 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP) el anuncio de la licitación de la contratación, rectificado el día 16 de noviembre de 2020, publicándose al mismo tiempo en la PCSP el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT). Y en el DOUE el 17 de noviembre de 2020.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 353.271,03 € siendo contrato sujeto a regulación armonizada, y tramitado como procedimiento abierto ordinario.

El plazo de ejecución establecido es de 12 meses a contar desde la formalización del contrato, pudiéndose prorrogar por periodos de doce meses hasta un máximo de dos prórrogas.

**SEGUNDO.-** El objeto del contrato se definió en la cláusula 1 del PCAP en los siguientes términos: “El objeto del presente contrato reservado consiste en la prestación del servicio de apoyo al control de usuarios, accesos y apertura, salidas y cierre y control de instalaciones deportivas del Cabildo de Fuerteventura reservado a centro especial de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción conforme a las características definidas en el pliego de prescripciones técnicas particulares” .

Su CPV es el 98341120-2 Servicios de portería, y no se dividió en lotes.

Del PCAP, destacar de su cuadro de características, su apartado C del siguiente tenor literal:

### C. CONTRATO RESERVADO



Si. D.A.4ª LCSP	Centro Especial de Empleo de Iniciativa Social y empresas de inserción
-----------------	--

Y el **ANEXO IV. SOLVENCIA Y HABILITACIÓN PROFESIONAL**

“De conformidad con el artículo 74 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para celebrar contratos con el sector público, las empresas deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia que se determinen por el órgano de contratación.

(...)

**C) Habilitación profesional/empresarial:**

Inscripción en los Registros de Centros especiales de Empleo de iniciativa social que le habilite para desempeñar su actividad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, e inscripción en el Registro Administrativo de Empresas de Inserción de la Comunidad Autónoma de Canarias Registro centros especiales de empleo”.

**TERCERO.-** El plazo de presentación de proposiciones finalizó el 17 de diciembre de 2020, habiéndose presentado a la licitación las siguientes cinco entidades:

- CEE GRANJA ADISFUER, S.L.
- CENTRO DE NEGOCIOS OCON, S.L.
- INTEGRA MANTENIMIENTO GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO S.L.
- CEE NOVAVIDA S.L.
- MAXAUDIO EVENTOS Y PRODUCCIONES S.L..

Una vez se abrió el archivo correspondiente a los criterios de adjudicación, todos objetivos o no sujetos a juicio de valor, el resultado fue el siguiente:



EMPRESAS	OFERTA ECONÓMICA excluido IGIC	TIPO % IGIC aplicado	Compromiso de la empresa adjudicataria de mantener contratadas durante la vigencia del contrato a un porcentaje de mujeres del 50% en la plantilla que ejecutará el contrato
CEE GRANJA ADISFUER, S.L.	125.000,00€	8.750,00€ (7%)	SI
CENTRO DE NEGOCIOS OCON, S.L.	114.300,00€	8.001,00€ (7%)	SI
INTEGRA MANTENIMIENTO GESTION Y SERVICIOS INTEGRADOS CENTROESPECIAL DE EMPLEO S.L.	109.219,63€	7.645,37€ (7%)	SI
CEE NOVAVIDA S.L.	109.906,39€	7.693,45€ (7%)	SI
MAXAUDIO EVENTOS Y PRODUCCIONES S.L.	114.714,95€	8.030,04€ (7%)	SI

Observándose que no había oferta incurso en presunción de temeridad la Mesa propone la adjudicación a la entidad INTEGRA por un precio de 109.219,63 €, sin igic.

Mediante resolución nº CAB/2021/284 de fecha 26.01.2021 se requirió a la citada empresa para que, en el plazo máximo de diez días hábiles, acreditase el cumplimiento de los requisitos previos establecidos en el artículo 150 de la LCSP y procediesen a la constitución de la garantía definitiva por el importe equivalente al 5% del importe de adjudicación.

La empresa INTEGRA con fechas 04.02.2021, 09.02.2021 y 18.02.2021 respectivamente, presentó los documentos requeridos.

A efectos de examinar la citada documentación, emitió informe la Técnico del Servicio de Contratación, el 24.02.2021, en el que se constata el carácter positivo de los certificados de estar al corriente en las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social; consta declaración de no haberse dado de baja en la matrícula del Impuesto de Actividades Económicas y recibo pagado del citado impuesto; la empresa consta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE) y se comprueba que consta objeto social y la clasificación de la empresa que es la siguiente: Grupo L – Servicios administrativos Subgrupo 6 – Servicios de portería, control de acceso e información al público Categoría D – cuando la cuantía sea igual o superior a 600.000 €.

La Mesa considera que el grupo y subgrupo en el que está clasificada son adecuados al objeto del contrato por lo que queda acreditada su capacidad de obrar y solvencia.

Respecto de la acreditación de la habilitación profesional o empresarial, el PCAP, exige estar inscritos en los Registros de Centros especiales de Empleo de iniciativa social que le



habilite para desempeñar su actividad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, e inscripción en el Registro Administrativo de Empresas de Inserción de la Comunidad Autónoma de Canarias.

A continuación, la mesa accede al Registro de Centros especiales de Empleo de iniciativa social que habilita para desempeñar la actividad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias y se comprueba que la empresa INTEGRRA no consta con naturaleza de iniciativa social para la actividad económica de conserjería y control de accesos.

A continuación, se da lectura al escrito presentado por la citada empresa en el que informa, entre otros aspectos, señala que,

“.....

*En lo que se refiere al requisito de acreditar la habilitación profesional mediante inscripción en el oportuno Registro competente, **esta parte declara que entiende que esta exigencia deriva de la Disposición Adicional 4ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”), la cual trae causa a su vez en la transposición del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.***

.....

*En consecuencia, manifestamos que INTEGRRA MGSÍ CEE no posee acreditación de Centro Especial de Empleo de Iniciativa Social, en los términos que se contienen en el requerimiento; sin embargo, sí es un centro, como ya hemos expuesto, con un porcentaje de trabajadores discapacitados superior al 30% que promueve la inclusión socio-laboral de profesionales con discapacidad.*”

En consecuencia, la mesa acuerda por unanimidad de sus miembros, elevar al órgano de contratación, el siguiente acuerdo:

Rechazar la oferta de la empresa INTEGRRA, dado que no acredita la habilitación profesional empresarial exigida en el Anexo IV del PCAP.

**CUARTO.-** Tras la continuación de la tramitación del procedimiento, incluso tras haber rechazado también a la siguiente clasificada CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO NOVAVIDA S.L., al no constar tampoco inscrita debidamente como Centro Especial de Empleo de iniciativa social ni como empresa de inserción, y ocurriendo que del resto de licitadoras sólo una contestó al requerimiento posterior conjunto sobre la citada acreditación que se les hizo, y fue la entidad Granja Adisfuer, S.L de forma satisfactoria. Con fecha 6 de mayo de 2021 la Mesa de contratación acordó proponer adjudicar el contrato a favor de la empresa GRANJA ADISFUER, S.L., que tras la presentación de la documentación pertinente fue declarada adjudicataria del contrato por Resolución de 20/05/2021, del



Consejero Insular de Área del Cabildo de Fuerteventura por un importe de 133.750,00 €, incluido el 7% de IGIC, que asciende a la cantidad de 8.750,00 €.

**QUINTO.-** Con fecha 8 de junio de 2021 en la sede electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, dirigido a este Tribunal interpone remc Integra contra la adjudicación referenciada, solicitando la anulación de la adjudicación, y retrotraer las actuaciones al momento anterior a la misma para que se le adjudique a la recurrente el contrato.

Tras la remisión por este Tribunal al órgano de contratación (o.c) del recurso solicitando el informe y expediente según lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se envía en plazo dicho expediente de contratación acompañado del **informe**, con fecha 11 de junio de 2021, instando la desestimación del remc.

La argumentación del remc y contestación del o.c se tratarán junto con el análisis de este Tribunal en el fundamento de derecho quinto de la presente Resolución.

**SEXTO.-** Por este Tribunal se confirió el **trámite de alegaciones** al remc interpuesto a los interesados en el procedimiento, conforme preceptúa el artículo 56.3 de la LCSP, con fecha 14 de junio de 2021, sin que se hubiese presentado escrito de alegaciones.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver el presente recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 de la LCSP-2017 y 3 a) del Decreto 10/2005, de 12 de febrero, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias; y en el Convenio de Colaboración entre la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y el Cabildo de Fuerteventura sobre atribución al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, de las competencias previstas en el artículo 3 del Decreto 10/2015, de 12 de febrero, por el que se crea dicho Tribunal, suscrito con fecha de 20



de octubre de 2015 y publicado en el Boletín Oficial de Canarias número 220, de 12 de noviembre de 2015.

**SEGUNDO.**- El recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 44 de la LCSP, ya que el contrato objeto de licitación es un contrato de servicio, cuyo valor estimado supera los valores indicados en el art. 44.1 a) de la LCSP, siendo convocado por una Administración Pública.

En cuanto a si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en el apartado 2 del artículo 44 de la LCSP, el acto recurrido es la adjudicación y exclusión , actos susceptibles de recurso por mor del art. 44.2.b) y c) de la LCSP.

**TERCERO.** La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles. (arts. 50.1.c y 51.3 de la LCSP).

**CUARTO.** Concorre el requisito de **legitimación** a que se refiere el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una licitadora del procedimiento que ha sido rechazada de la licitación, y pretende obtener la adjudicación del contrato, habiendo quedado en el segundo lugar de la clasificación de ofertas.

**QUINTO.** En su escrito de remc Integra señala que interviene con el propósito de salvaguardar su posición jurídica en caso de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie de manera definitiva sobre la cuestión prejudicial relativa a la Disposición Adicional 4ª de la LCSP a favor de los Centros Especiales de Empleo que sean de “iniciativa empresarial” y no sólo de “iniciativa social”.

Señala que conoce que las Resoluciones de este Tribunal en anteriores recursos especiales incluso por ella interpuestos sobre esta materia, pero que a la vista de las recientes conclusiones del Abogado General del TJUE publicadas el día 29 de abril de 2021, sobre la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ del País Vasco, considera que es más oportuno el remc, ya que dichas



conclusiones en relación con la interpretación del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, considera que los requisitos adicionales exigidos por nuestra legislación nacional para participar en contratos públicos reservados no deben infringir las exigencias del derecho de la Unión, incluidos en el artículo 18 de la Directiva y los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, sin restringir artificialmente la competencia.

Considera que la adjudicación del contrato de referencia a favor de CEE GRANJA ADISFUER, S.L no es conforme a derecho dado que existen serias dudas sobre la procedencia de una licitación reservada conforme a una estricta interpretación de la Disposición Adicional 4ª de la LCSP, en relación con la Disposición Final 14ª de la LCSP.

Tal y como ocurrió en el supuesto analizado mediante Resolución de este Tribunal n.º 74/2021, de 11 de marzo, del contenido del remc se deduce que aunque se recurre la adjudicación formalmente discutiendo la exclusión habida en el procedimiento de licitación, se trata materialmente de un recurso contra el PCAP, en concreto en relación a la configuración de la reserva de contratos contenida en el PCAP, y es más en realidad se basa en que dicha configuración que en la LCSP se contiene en su Disposición Adicional 4ª, sería contraria al ordenamiento jurídico europeo, artículo 20 de la Directiva, más aún cuando dicha disposición adicional está siendo cuestionada por el TJUE precisamente por el requisito adicional de la “Iniciativa social” referido a los Centros especiales de empleo.

Se transcribe a continuación **el argumentario desplegado por la recurrente:**

*“ (...) El presente concurso reservado ha sido publicado por el órgano de contratación en base a una restrictiva interpretación de la Disposición Adicional 4ª de la LCSP, la cual insistimos está siendo objeto de cuestionamiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

*El artículo 20 de la Directiva Europea 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de Febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, es la norma que ampara y justifica el establecimiento de la reserva de determinados contratos – Disposición Adicional 4ª de la LCSP – a los denominados talleres protegidos y operadores económicos cuyo objeto principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas. Entre los objetivos de dicha normativa europea se encuentran tanto el favorecer el acceso a las licitaciones con mayor transparencia y agilidad, como la concesión de mayor peso a cuestiones sociales, entre las cuales puede considerarse esta reserva de contratos.*

*En este sentido, el artículo 20 de la Directiva Europea 2014/24/UE dice lo siguiente:*

**“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.

2. La convocatoria de licitación deberá hacer referencia al presente artículo". Siguiendo el tenor literal de este precepto, esta parte entiende que las entidades (o más específicamente, los Centros Especiales de Empleo de "Iniciativa Empresarial" como, en este caso, la recurrente INTEGRAL MGS/CEE) que cumplen íntegramente con los requisitos mínimos exigidos en el ámbito de aplicación del citado artículo 20, deberían de quedar dentro del ámbito subjetivo de la reserva de contratos; de lo contrario no podrían acogerse a estos procedimientos reservados de contratación los Centros Especiales de Empleo de "Iniciativa Empresarial" que carecen de ánimo de lucro, pero que cumplen con las exigencias mínimas del artículo 20 de la Directiva, siendo, además, el papel de estos Centros Especiales de Empleo esencial en la sociedad por favorecer la integración socio-laboral de personas con discapacidad mediante la prestación de servicios de calidad.

Sin embargo, la consideración aquí expuesta no casa con el tenor literal de la Disposición Adicional 4ª de la LCSP, a través de la cual el legislador nacional transpone el citado artículo 20 de la Directiva 2014/24 a nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo como novedad el requisito adicional de "Iniciativa Social" para referirse a los Centros Especiales de Empleo. En esencia, la legislación española exige que los operadores interesados deben carecer de ánimo de lucro y están obligados a reinvertir todos los beneficios en el propio Centro Especial

de Empleo o en otros Centros del mismo tipo; todo ello cuando en España se ha impuesto un porcentaje de contratación de personas desfavorecidas sustancialmente superior (70 %) al porcentaje mínimo exigido por el artículo 20 de la Directiva 2014/24 (30 %).

Esto colisiona, además, con la disposición predecesora del artículo 20 de la Directiva 2014/24, que es el artículo 19 de la anterior Directiva 2004/18, en la cual se imponían requisitos más estrictos con respecto a los trabajadores de los participantes autorizados en los procedimientos reservados y que, en cambio, bajo dicha Directiva anterior tenían cabida en la reserva de contratos los Centros Especiales de Empleo que no eran de "Iniciativa Social".

En este sentido nos remitimos a la actual redacción de la reserva de contratos en la Ley de Contratos del Sector Público:

**"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 el referido Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.

El Acuerdo de Consejo de Ministros a que se refiere este apartado deberá adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Si transcurrido este plazo el Acuerdo de Consejo de Ministros no se hubiera adoptado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe glo-



bal de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado.

2. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición.

3. En los procedimientos de contratación en los que se aplique la reserva que establece esta disposición adicional no procederá la exigencia de la garantía definitiva a que se refiere el artículo 107 de esta Ley, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente”.

**“Disposición final decimocuarta. Modificación del 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.**

Se añade un apartado 4 al artículo 43 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre:

«4. 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.»”.

En el presente caso el órgano de contratación ha configurado un concurso en base a una restrictiva interpretación de la Disposición Adicional 4ª de la LCSP, considerando plenamente compatible la Disposición Adicional 4ª con el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE y exigiendo con respecto a los Centros Especiales de Empleo que sean de “Iniciativa Social”.

Esta interpretación de la norma, en base a la cual se configura esta licitación reservada, limita obviamente a Centros Especiales de Empleo como INTEGRA MGSÍ CEE, cuya oferta ha sido rechazada al no haber acreditado su condición de “Iniciativa Social”; todo ello a pesar de que la propuesta de INTEGRA MGSÍ CEE es la mejor desde el punto de vista económico.

Resulta evidente, por lo demás, que el principio de primacía y eficacia directa del Derecho de la Unión Europea, ampara perfectamente a los operadores jurídicos a apreciar la contravención de lo dispuesto en la Directiva, cuando se lleva a cabo una aplicación arbitraria que restringe los supuestos con acceso a la reserva, convirtiendo a aquélla en el cauce para privilegiar a determinadas entidades, excluyendo de la posibilidad de concurrir a procedimientos reservados a Centros Especiales de Empleo que cumplen los requisitos mínimos establecidos en el artículo 20 de la referida Directiva.

Esta exclusión de los Centros Especiales de Empleo que no sean de “Iniciativa Social” no parece, por tanto, proporcionada a ningún fin legítimo; especialmente si se tiene en cuenta que la finalidad última del artículo 20 de la Directiva 2014/24, así como de su predecesora, el artículo 19 de la Directiva 2004/18, es facultar a los Estados miembros para perseguir fines de política social y de empleo mediante instrumentos de contratación pública (en este caso, la “reserva de contratos”).

En apoyo de nuestras alegaciones debe advertirse que la restrictiva interpretación de la Disposición Adicional 4ª de la LCSP y la propia categoría creada por la Ley 9/2017, de Centros Especiales de Empleo de “Iniciativa Social” está pendiente de decisión definitiva por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el Procedimiento Ordinario 626/2018, sobre la adecuación o no de la transposición de la Directiva 2014/24/UE y la Disposición Adicional 4ª de la LCSP. A estos efectos se adjunta



como DOCUMENTO Nº 7 el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 17 de julio de 2019, planteando la referida cuestión prejudicial – respecto a la cual ya se ha pronunciado el Abogado General del TJUE – en la que se solicita un pronunciamiento sobre las siguientes cuestiones:

“Si el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación debe interpretarse en el sentido de que **el alcance subjetivo de la reserva previsto por el mismo no puede ser delimitado en términos que excluyan de su ámbito de aplicación a empresas u operadores económicos que acrediten el requisito de que, al menos, el 30 % de sus empleados sean personas discapacitadas y cumplan la finalidad u objetivo de integración social y profesional de esas personas, mediante la fijación de requisitos adicionales relacionados con la constitución, carácter y fines de dichos sujetos, con su actividad o inversiones, o de otra clase**”.

No obstante, el pasado día 29 de abril de 2021 se publicaron las Conclusiones del Abogado General del TJUE – adjuntas como DOCUMENTO Nº 8 – sobre la referida cuestión prejudicial, respecto a las cuales esta parte reconoce su carácter no vinculante para el propio Tribunal de Justicia pero que en la mayoría de los casos suelen orientar sus decisiones.

De estas recientes conclusiones se desprende que una legislación nacional (como, en este caso, ha sido la española) puede establecer requisitos adicionales a los exigidos en la Directiva para participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados, siempre que tales requisitos no infrinjan lo dispuesto en el artículo 18 de la Directiva y los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, restringiendo artificialmente la competencia y yendo más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo de favorecer la integración social y profesional de las personas discapacitadas y desfavorecidas. Literalmente las Conclusiones finales del Abogado General del TJUE son las siguientes:

“Por cuantas consideraciones anteceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda al tribunal remitente de la siguiente manera:

“**El artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, no se opone a una legislación nacional con arreglo a la cual el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados en virtud de ese artículo se supedita al cumplimiento de requisitos adicionales a los establecidos en dicho artículo.**

No obstante, **tales requisitos adicionales han de satisfacer todas las exigencias pertinentes del Derecho de la Unión, incluidos el artículo 18 de la Directiva 2014/24 y los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, y no deben restringir artificialmente la competencia.**

**A este respecto, un requisito conforme al cual solo pueden participar en los procedimientos de adjudicación de contratos reservados los operadores económicos que sean entidades sin ánimo de lucro o estén participados, total o parcialmente, por entidades de esta naturaleza parece, a primera vista, ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo de favorecer la integración social y profesional de las personas discapacitadas y desfavorecidas.**

**Una exclusión intencionada de un amplio segmento de los operadores económicos por razones que no guarden relación con el objetivo legítimo de favorecer la integración social y profesional de las personas discapacitadas o desfavorecidas parece, a primera vista, constituir una restricción artificial de la competencia”.**

En línea con lo anterior, traemos a colación también lo dispuesto en el artículo 18 de la Directiva 2014/24, titulado “Principios de la contratación”, el cual dispone lo siguiente:

“1. Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

**La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos”.**

De este modo al hacerse uso de la opción de reservar contratos en base al artículo 20 de la Directiva, cada Estado miembro y, por tanto, cada legislador nacional (incluido el español) está obligado a respetar las disposiciones de la Directiva 2014/24 y las normas generales del Derecho de la Unión



en materia de contratación pública; en concreto el artículo 18 de la Directiva y los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad.

Respecto a la facultad discrecional de los Estados miembros para transponer la norma europea también se ha pronunciado el Abogado General del TJUE en el siguiente sentido:

“38. Por lo tanto, **no considero que los Estados miembros gocen de una facultad discrecional amplia para definir el significado de los términos del artículo 20 de la Directiva 2014/24**. A mi parecer, han de recibir una interpretación uniforme. En consecuencia, cualquier discrecionalidad de la que puedan disponer los Estados miembros al aplicar el artículo 20 de la Directiva 2014/24 no se deriva de una facultad que les permita atribuir a los términos de la Directiva el significado que consideren oportuno.

39. Antes bien, los requisitos del artículo 20 de la Directiva 2014/24 pueden entenderse bien como requisitos mínimos que el Estado miembro está obligado a imponer a los participantes autorizados para que el uso de los procedimientos reservados del artículo 20 sea legal, o bien, como alega CONACEE, como una definición exhaustiva de los criterios que determinan qué operadores los Estados miembros están obligados a admitir como participantes autorizados en caso de que decidan establecer tales procedimientos.

40. Tal como voy a explicar, **en mi opinión lo más acertado es entender los requisitos del artículo 20 de la Directiva 2014/24 como requisitos mínimos que dejan a los Estados miembros libertad para imponer límites adicionales que restrinjan el ámbito subjetivo de los participantes autorizados a concurrir a sus procedimientos reservados del artículo 20, siempre que se observen los límites establecidos en otras disposiciones de la Directiva 2014/24 y otras disposiciones aplicables del Derecho de la Unión sobre contratación pública. Por lo tanto, no es el artículo 20 de la Directiva 2014/24 el que puede limitar la capacidad de los Estados miembros para imponer requisitos adicionales en relación con los participantes autorizados, sino su artículo 18 y los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, así como la prohibición de restringir artificialmente la competencia**”.

De lo anterior puede concluirse que los requisitos del artículo 20 de la Directiva tienen la consideración de requisitos “mínimos”, pudiendo el legislador nacional exigir otros requisitos adicionales pero no, como ocurre en el presente caso, el requisito de “Iniciativa Social”, respecto al cual existen serias dudas de Derecho sobre su posible carácter vulnerador de lo dispuesto en el artículo 18 de la Directiva y demás disposiciones o principios del Derecho de la Unión en materia de contratación pública. Tal como apunta el Abogado General del TJUE, “dicha legislación reserva este tipo de contratos exclusivamente a otro subgrupo de centros especiales de empleo, a saber, los de iniciativa social, y segrega para los procedimientos reservados del artículo 20 lo que parece ser una significativa porción de la contratación pública. Sin duda, esto suscita cuestiones bastante obvias acerca de la conformidad con los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad y con la prohibición de restringir artificialmente la competencia”.

Adicionalmente, esta parte quiere poner de manifiesto, y aunque se refiera al ámbito laboral, el pronunciamiento ya definitivo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre otra cuestión prejudicial relacionada con el sector de la discapacidad. En concreto, nos remitimos a la Sentencia TJUE de 26 de enero de 2021 (asunto C-16/19), la cual reconoce que no debe existir discriminación entre diferentes categorías de trabajadores discapacitados:

“La citada práctica, aunque aparentemente neutra, puede constituir una **discriminación indirecta por motivos de discapacidad cuando resulte que ocasiona una desventaja particular a trabajadores discapacitados en función de la naturaleza de su discapacidad**, en particular de su carácter ostensible o de que dicha discapacidad requiera ajustes razonables de las condiciones de trabajo, sin estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y sin que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”.

Esta conclusión sería plenamente aplicable a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el artículo 20 de la Directiva y su transposición a través de la Disposición Adicional 4ª LCSP. Esto significaría que no puede imponerse un trato discriminatorio entre trabajadores con discapacidad que prestan servicios en Centros Especiales de Empleo



de “Iniciativa Social” y trabajadores con discapacidad que prestan sus servicios en todos los restantes Centros Especiales de Empleo, con más del 70% de la plantilla en ambos casos, que ven perjudicado su derecho al trabajo y a la integración laboral, que es al final el objetivo esencial de los Centros Especiales de Empleo, al ver prohibida la participación de los mismos en una licitación reservada como consecuencia de la introducción del inciso de “Iniciativa Social”.

Bajo el entendimiento anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) acabó concluyendo en dicha Sentencia de 26 de enero de 2021 lo siguiente:

“El artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que: – la práctica de un empresario consistente en abonar un complemento salarial a los trabajadores discapacitados que hayan presentado su certificado de discapacidad después de una fecha elegida por dicho empresario, y no a los trabajadores discapacitados que hubieran presentado dicho certificado antes de esa fecha, puede constituir una discriminación directa cuando resulte que dicha práctica se basa en un criterio indisolublemente vinculado a la discapacidad, en la medida en que puede hacer definitivamente imposible que cumpla este requisito temporal un grupo claramente identificado de trabajadores, integrado por el conjunto de los trabajadores discapacitados cuyo empresario conocía necesariamente la situación de discapacidad en el momento en el que estableció esa práctica;

– **la citada práctica, aunque aparentemente neutra, puede constituir una discriminación indirecta por motivos de discapacidad** cuando resulte que **ocasiona una desventaja particular a trabajadores discapacitados en función de la naturaleza de su discapacidad**, en particular de su carácter ostensible o de que dicha discapacidad requiera ajustes razonables de las condiciones de trabajo, sin estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y sin que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios”.

En consecuencia, esta recurrente estima que existen serias dudas de Derecho sobre la procedencia de una licitación reservada conforme a la estricta interpretación de la Disposición Adicional 4ª de la LCSP, la cual, insistimos, como ya apunta el Abogado General del TJUE en sus conclusiones, puede resultar discriminatoria al incluir como novedad el requisito de “Iniciativa Social” al referirse a los Centros Especiales de Empleo, excluyendo por tanto a aquellos otros Centros Especiales de Empleo que no lo son y vulnerando lo dispuesto en el artículo 18 de la Directiva y las disposiciones o principios del Derecho de la Unión en materia de contratación pública; requisito que, por otra parte, no se menciona en ningún momento en el artículo 20 de la Directiva y ni siquiera tampoco es citado por el legislador español en el artículo 99.4 de la

LCSP al facultar a los órganos de contratación para reservar lotes.

“4. Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para **Centros Especiales de Empleo** o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta. Igualmente se podrán reservar lotes a favor de las entidades a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, en las condiciones establecidas en la citada disposición”.

Y todo ello, con mayor motivo vista la línea jurisprudencial adoptada por el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la citada sentencia de 26 de enero de 2021, y teniendo en cuenta que el mismo Tribunal tiene que pronunciarse definitivamente sobre la transposición de la Directiva y la Disposición Adicional 4ª cuando resuelva definitivamente la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco mediante Auto de fecha 17 de julio de 2019, pero que en la mayoría de los casos suele orientar sus decisiones a la línea ya marcada por las Conclusiones del Abogado General del TJUE. Es por ello que, adicionalmente, rogamos se tenga en cuenta el carácter vinculante del procedimiento prejudicial tanto para el tribunal remitente de la cuestión prejudicial planteada, como, más en general, para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma europea interpretada.

#### **QUINTA.- El impacto de la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Contratos del Sector Público en la libre competencia.**

La reserva de contratos constituye una excepción a los principios esenciales en materia de contratación pública que encuentra su razón de ser en el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, según he-



mos expuesto, y como tal limita el acceso de las empresas u operadores económicos a determinados procedimientos de contratación, reduciendo en ellos el número de licitadores concurrentes y causando un grave impacto en la libre competencia.

Recordemos aquí que la reserva de contratos como excepción al principio de libre competencia se establece en el artículo 132.1, párrafo 2º, de la Ley de Contratos del Sector Público: “En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, **salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta**”.

Sin embargo, esta relevante excepción al principio de libre competencia – el cual es un pilar fundamental de la legislación comunitaria y de la contratación pública en nuestro Derecho interno – no quita para que la reserva de contratos afecte a la competitividad entre operadores económicos de carácter social de una misma categoría, debiendo quedar abierta la licitación a cualquier entidad que cumpla con las condiciones exigidas en el precepto del que trae causa la propia reserva de contratos, esto es, el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE.

No se discute aquí sobre la licitud de la reserva de contratos respecto a todas las entidades que reúnen las condiciones del artículo 20 de la Directiva (“**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 desfavorecido**”), sino que esta parte estima ilícito la exclusión de la reserva a aquellas entidades que cumpliendo con las condiciones mínimas del referido precepto del Derecho de la Unión, no reúne el requisito adicional introducido por el legislador español en cuanto a Centros Especiales de Empleo de “Iniciativa Social”, teniendo ello un efecto directo en la libre competencia; más aún cuando este requisito de “Iniciativa Social” está siendo objeto de cuestionamiento por vulnerar las disposiciones generales del Derecho de la Unión en materia de contratación pública.

En este sentido, el Abogado General del TJUE dispone en el punto 80 de sus conclusiones lo siguiente respecto a la restricción de la competencia:

“La restricción de la competencia que se deriva de la exclusión de los centros especiales de empleo de iniciativa empresarial de los procedimientos reservados del artículo 20 en España no parece proporcionada a ningún fin legítimo en lo referente al requisito de que los operadores económicos en cuestión adopten la forma de entidades sin ánimo de lucro o estén participados en último término o parcialmente por entidades de esta naturaleza. **Con independencia del alcance exacto de la prohibición de restringir artificialmente la competencia, a mi modo de ver, parece que dicho requisito la incumple**”.

En apoyo a nuestras alegaciones se citan, además, dos informes recientes en el ámbito de la competencia, adjuntos como DOCUMENTO Nº 9. El primero de ellos es el Informe de la Autoridad Catalana de la Competencia (211/2020 – Centres Especials de Treball), el cual dice lo siguiente:

“Los efectos en el mercado de la reserva de contratos tal y como ha sido establecida en la Disposición adicional 4ª de la LCSP no pueden ser minusvalorados, tanto (primero) en relación con los propios operadores excluidos, que ven afectados sus intereses económicos como, especialmente, (segundo) respecto las propias administraciones licitantes.

En general, **para las autoridades de competencia, la propia existencia de contratos reservados a favor de determinados operadores, con exclusión de los demás, supone una excepción al principio general del libre acceso a la contratación de todos los operadores económicos con independencia de su forma o características legales u organizativas; por ello, desde una perspectiva de competencia, el recurso a este tipo de procedimientos, reconociendo que constituyen una forma aceptada de discriminación positiva basada en motivos de carácter social, debería ser limitado al mínimo posible.**

Cabe recordar que el mantenimiento de un nivel elevado de concurrencia y competencia en los procesos de contratación pública es un elemento esencial para garantizar una utilización eficiente de los recursos públicos. En este ámbito, la competencia POR el mercado sustituye la competencia EN el mercado, puesto que los distintos operadores rivalizan para obtener el derecho a explotar o gestionar unos servicios de manera exclusiva durante un periodo de tiempo determinado.



Es decir, se trata de procesos en los que la competencia se produce en el momento de la licitación del contrato, en el que concurre una pluralidad de operadores con distintas ofertas de precio, calidad u otras características.

**Por ello, cuando a una licitación no puede acceder el mayor número posible de licitadores, como sucede en el caso de los contratos reservados, necesariamente la rivalidad entre operadores disminuye y la administración ve limitadas sus posibilidades de elección, por lo que se reducen los incentivos para lograr una asignación eficiente de los recursos públicos (tanto en términos de precio como respecto de la calidad del servicio).**

Si, además, la reserva se formula, desde el punto de vista de la posible concurrencia, en unos términos tan estrechos (básicamente en función de quien ejerce la iniciativa – es decir, iniciativa social o iniciativa privada o empresarial) como los establecidos en la Disposición adicional 4ª de la LCSP, el universo de eventuales licitadores interesados en la obtención del contrato se reduce aún más, sin que ello esté suficientemente justificado en términos de necesidad y proporcionalidad”.

Es a través de la Disposición Adicional 4ª de la LCSP por la que se introduce el término adicional de la “Iniciativa Social” en nuestro ordenamiento jurídico, excluyendo de la reserva de contratos a los Centros Especiales de Empleo de “Iniciativa Empresarial”. Es cuestionable, por tanto, que esta exclusión ha rebasado el margen de discrecionalidad que el artículo 20 de la Directiva permite, pues restringe la reserva del contrato a un tipo concreto de Centros Especiales de Empleo, los de “Iniciativa Social”, en perjuicio de los de “Iniciativa Empresarial”, sin que exista justificación para este efecto discriminatorio, el cual además ocasiona un evidente daño a la libre competencia.

Prueba de ello es la disminución del número de licitadores que pueden presentarse a una licitación pública de carácter reservada (en este caso, solo uno de los cinco licitadores es de “Iniciativa Social”); lo que a su vez ocasiona un mayor coste para la propia Administración Pública y, por ende, para los contribuyentes. No solo esta parte llega a esta conclusión, sino que la Autoridad Catalana de la Competencia ya se pronuncia en esta misma línea:

**“Es evidente, pues, que de un bajo o deficiente nivel de concurrencia y competencia en las licitaciones públicas no solo resultará afectado el funcionamiento competitivo del mercado, sino también la propia administración pública (y, por lo tanto, todos los contribuyentes) quien, muy probablemente, pagará un precio más elevado, y/o recibirá un servicio de peor calidad.**

[...] Más allá de la cuestión de legalidad mencionada, no podemos dejar de referirnos a los **efectos que la reserva establecida en dicha disposición puede provocar sobre el funcionamiento competitivo del mercado.** En este sentido, cuando a una licitación no puede acceder el mayor número posible de operadores, necesariamente la presión competitiva o rivalidad entre operadores disminuye y la administración ve limitadas sus posibilidades de elección, por lo que es probable que no se produzca una asignación eficiente de los recursos públicos (tanto en términos de precio como respecto de la calidad del servicio). En otros términos, **la mencionada Disposición adicional 4ª de la LCSP presenta la virtualidad de alterar las condiciones de competencia en el mercado (puesto que altera la neutralidad competitiva), sin que del análisis efectuado por la ACCO se deduzca claramente cuál es la finalidad pública que justifica tal medida”.**

Por otro lado, la Comisión Gallega de la Competencia, en su reunión celebrada el 28 de diciembre del 2020, también se ha pronunciado sobre esta cuestión, aprobando el Informe FC 3/2020: “CONSULTA SOBRE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO”. Dicho informe, que sigue la línea adoptada por la Autoridad Catalana de la Competencia, dice:

**“En resumen, en materia de contratación pública se deben de aplicar los principios de libre acceso a la contratación de todos los operadores con independencia de la naturaleza o características de los mismos, el principio de no discriminación en la licitación y el de una competencia efectiva, evitando restringir artificialmente la competencia.** Pero este principio admite excepciones, que permiten la limitación concurrencial en las licitaciones públicas por perseguir objetivos sociales, como es asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios a los trabajadores discapacitados y ser, al mismo tiempo, un instrumento de incorporación de estas personas al mundo laboral. Esa es la justificación de la existencia de la figura de los contratos reservados” en favor de los Centros Especiales de Empleo en la regulación de contratación de nuestro sector público.



*El añadir una restricción mayor a la posibilidad de concurrir a las licitaciones de estos “contratos reservados” limitando exclusivamente a los CEE de interés social y por ello reduciendo el universo, ya de por sí muy limitado, de posibles concurrentes sin que esté justificado en términos de necesidad ni proporcionalidad afectará al funcionamiento competitivo del mercado. **Al perseguir todos los CEE, los de iniciativa social y los de interés privado, la misma finalidad de integración de las personas discapacitadas el excluir a uno de ellos de esos “contratos reservados” va contra el principio de neutralidad competitiva en materia de contratación pública. La reducción de la concurrencia en estos contratos, además, afectará negativamente al sector público por el incremento de coste del aprovisionamiento de bienes y servicios que supone la reducción de concurrentes en esos contratos”.***

*Junto con el principio de libre competencia, destacar también que la concurrencia de ofertas es otro pilar fundamental en la contratación pública: a mayor número de ofertas, más opciones tiene el órgano de contratación de elegir la mayor calidad al mejor precio. En el presente caso, el carácter reservado de la licitación limita en gran medida la selección de la mejor oferta por parte del poder adjudicador. Las ofertas de todos los licitadores, salvo la del finalmente adjudicatario, han sido rechazadas por la Mesa de Contratación al no haber acreditado el requisito de “Iniciativa Social”.*

*Los Centros Especiales de Empleo de “Iniciativa Empresarial”, como INTEGRA MGSÍ CEE, se sitúan en una posición de partida que perjudica a éstos frente a los Centros Especiales de Empleo de “Iniciativa Social”, lo que es verdaderamente relevante a efectos de valorar esta posible infracción del principio de libre concurrencia.*

*Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo la de considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación.*

*Así pues, la Disposición Adicional 4ª de la LCSP en relación con la Disposición Final 14ª no sólo es contraria a lo dispuesto en el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, sino también a las propias libertades establecidas en los Tratados y a los principios esenciales en materia de contratación pública, derivados del Derecho de la Unión Europea y vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.*

*El legislador de la Unión Europea ha contemplado una excepción a esos principios por medio de la reserva de contratos, y ha determinado, no obstante, que requisitos mínimos tiene que cumplir la delimitación del ámbito subjetivo de las entidades con acceso a la referida reserva (artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE): **“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 desfavorecido”.***

*Si cada Estado miembro elige, a su propia conveniencia, el ámbito subjetivo de las entidades con acceso a un contrato reservado se estaría ocasionado un daño al principio de libre concurrencia y al servicio de la finalidad de la defensa del empleo de las personas con discapacidad, rebasando el margen de discrecionalidad del que dispone el legislador nacional para la transposición de la Directiva europea. En este sentido, téngase en cuenta lo ya manifestado anteriormente respecto a la facultad discrecional de los Estados miembros para transponer la norma europea según palabras del Abogado General del TJUE (puntos 38, 39 y 40 de sus conclusiones).*

*La Disposición Adicional 4ª y la Disposición Final 14ª de la Ley 9/2017, no sólo parecen ser claramente contrarias al Derecho de la Unión Europea, sino que, como ya adelantaba esta parte, están provocando un daño directo a la libre competencia; dicho esto también por el Abogado General del TJUE y por las propias autoridades regionales en materia de defensa de la competencia según lo expuesto en el presente recurso especial.*

*En definitiva, nos encontramos ante una restricción arbitraria, carente de justificación e incompatible con un elemental juicio de proporcionalidad, y además, lesiva de la propia competencia como confirman el Abogado General del TJUE y las autoridades regionales en materia de defensa de la competencia.*

*Es por ello que no cabe sino solicitar también por esta parte un pronunciamiento estimatorio del presente recurso especial en materia de contratación, con anulación de la resolución de adjudicación y*





*eliminación de la obligación de acreditar el requisito adicional de la “Iniciativa Social” en el caso de los Centros Especiales de Empleo al amparo de la Disposición Adicional 4ª de la LCSP”.*

El órgano de contratación (o.c) en su informe resalta que la recurrente no pone objeciones a la tramitación del procedimiento de contratación realizado por la Administración, planteando como única cuestión que el rechazo de su oferta por no acreditar su condición de iniciativa social es contrario al Derecho de la Unión Europea, debida a que la Disposición Adicional 4ª de la LCSP es contraria al dicho Derecho de la UE.

El o.c se ha limitado a cumplir el mandato establecido en dicha Disposición, siguiendo el procedimiento de contratación establecido en la LCSP para los contratos de servicios SARA, sin que eso se ponga en cuestión.

Por su parte el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) aún no se ha pronunciado sobre si el requisito de “iniciativa social” exigido a los Centros Especiales de Empleo (CEE) por la Disposición Adicional 4ª de la LCSP para participar en licitaciones reservadas conforme a dicha Disposición adicional, es conforme al Derecho de la U.E, por lo que no procede declarar la nulidad no ya de la Resolución de adjudicación del contrato, sino de todo el procedimiento.

Por ello solicitan la desestimación del remc.

Análisis del Tribunal.

Partiendo de la base de que los Pliegos de la presente licitación han quedado consentidos y firmes, más aún cuando las entidades afectadas por la exclusión en el procedimiento de licitación, presentaron su proposición aceptando las cláusulas de los mismos (artículo 139.1 de la LCSP y cláusula **13.5. del PCAP** *La presentación de las proposiciones presume la aceptación incondicional por la persona licitadora de la totalidad del contenido de las cláusulas y condiciones del presente pliego y del de prescripciones técnicas, sin salvedad alguna.*), y de que el o.c en el procedimiento de licitación ha seguido lo indicado en los Pliegos que en la materia de reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a Empresas de inserción de iniciativa social, ha seguido lo dispuesto en la vigente LCSP, en su Disposición Adicional 4ª, lo cual no ha sido puesto en duda por la recurrente, este Tribunal debe pronunciarse en el sentido de considerar ajustada a derecho el rechazo de la oferta de INTEGRRA, y la adjudicación realizada a favor de CEE Granja Adisfuer, S.L.

Y esto por mucho que se hayan sido conocido las conclusiones del abogado general del TJUE sobre la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo



del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con la interpretación del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, puesto que no ha sido dictada la Sentencia correspondiente.

Como ya señalamos en nuestra Resolución n.º 74/2021, de 11 de marzo, señala la Disposición Adicional 4ª de la LCSP lo siguiente ( con resaltado nuestro):

*“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 CEE 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 CEE, 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 el referido Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.*

*El Acuerdo de Consejo de Ministros a que se refiere este apartado deberá adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Si transcurrido este plazo el Acuerdo de Consejo de Ministros no se hubiera adoptado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado.*

*2. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición.*

*3. En los procedimientos de contratación en los que se aplique la reserva que establece esta disposición adicional no procederá la exigencia de la garantía definitiva a que se refiere el artículo 107 de esta Ley, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente”.*



En el PCAP que rige la presente contratación se acordó por la entidad local con la aprobación del PCAP, la reserva del contrato requiriendo el cuadro de características, su apartado C la reserva a favor de Centros Especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción. Y el **ANEXO IV. SOLVENCIA Y HABILITACIÓN PROFESIONAL del mismo PCAP** exigiendo como **Habilitación profesional/empresarial** la Inscripción en los Registros de Centros especiales de Empleo de iniciativa social que le habilite para desempeñar su actividad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, e inscripción en el Registro Administrativo de Empresas de Inserción de la Comunidad Autónoma de Canarias Registro centros especiales de empleo”.

En nuestra citada Resolución n.º 74/2021, de 11 de marzo, apuntamos que

*“La citada regulación de la reserva del contrato contenida en el PCAP se considera conforme a lo dispuesto en la Disp.Adic.4ª de la LCSP, y la Mesa de contratación y el o.c vinculado por los pliegos que dictó en virtud del principio de que los pliegos son lex contractus, tenía obligatoriamente que aplicar los mismos, y por ello exigir los requisitos contenidos en los mismos a las licitadoras, que conocedoras de ellos participaron en la licitación presentando su proposición y aceptando incondicionalmente el contenido del PCAP.*

*Aunque no es de aplicación al sector público local sí al autonómico canario, es resaltable en cuanto a la aplicación que hace de la D A 4ª citada , el acuerdo de gobierno de Canarias de 22 de mayo de 2019 por el que se fijó el porcentaje de reserva a que se refiere la Disposición Adicional 4ª de la LCSP, y aprobó unas instrucciones de actuación en los contratos reservados en su Anexo II siendo la segunda y tercera del siguiente tenor literal: “*

**Segundo.-** *Las empresas a las que se les podrán aplicar la reserva de contratos son las siguientes:*

*Las empresas de inserción (E.I) reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que deberán estar inscritas en los registros correspondientes conforme a la normativa de aplicación.*

*Los centros especiales de empleo de iniciativa social, según lo recogido en el 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 y constituidos y registrados conforme al Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo.*

**Tercero.-** *El contrato reservado no es un procedimiento de adjudicación diferenciado, siendo aplicable su categoría a cualquier sistema de licitación. La calificación como reservado*



se hará constar en el expediente administrativo y deberá mencionarse en el título y en el anuncio de licitación, así como en los pliegos que se aprueben.

Las reservas a las que se refiere las presentes instrucciones podrán materializarse tanto para un contrato en su conjunto o para uno o varios lotes de un contrato. **La reserva puede hacerse para los dos tipos de entidades conjuntamente o por separado, siendo preferible esta última opción**".

En este mismo sentido interpretativo de la D.A 4ª de la LCSP se pronuncian Resoluciones de los Tribunales de Recursos contractuales, entre ellos el canario en su Resolución n.º 270/2020, de 17 de noviembre en relación con un contrato de servicio de un departamento de la Comunidad Autónoma de Canarias, en el que se estableció la reserva de cuatro de los lotes del contrato únicamente a empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre. En el PCAP de dicha contratación se introdujo en la cláusula 4 sobre la capacidad de obrar un párrafo casi idéntico al de la cláusula 9 del PCAP del contrato recurrido ahora contra el Ayuntamiento de El Paso "Debido al carácter reservado de los lotes 1, 4, 5 y 9 del contrato, para poder participar en esta licitación, se exige que los licitadores sean Empresas de Inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, en las que al menos el 30% de sus trabajadores sean personas en riesgo de exclusión social".

Además se añadieron requisitos respecto a que dichas E.I tuviesen dentro de sus fines objeto o ámbito de actividad, las prestaciones objeto del contrato y dispusieran de adecuada infraestructura para la ejecución del contrato. Dentro de esos requisitos se especificó la acreditación de su calificación definitiva como empresa de inserción y certificado de inscripción en el registro administrativo correspondiente de empresas de inserción.

En el fundamento de derecho sexto de nuestra Resolución n.º 270/2020, de 17 de noviembre citada, al analizar el segundo motivo del recurso relativo a la impugnación de la reserva de la participación en la licitación de un lote únicamente a E.I este Tribunal dictaminó lo siguiente: "La LCSP en su artículo 132 señala en su apartado 1 que " Los órganos de contratación les darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad." Añadiendo en su apartado 2, que "**En ningún caso se podrá limitar la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.**"



*Esta salvedad, encuentra su fundamento en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, la cual en su considerando 36 recoge que “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. “*

*La posibilidad de reservar la licitación de algún o algunos lotes a empresas de inserción, también es contemplada en la LCSP, así en su artículo 99.4 señala:*

*“(…) Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta. Igualmente se podrán reservar lotes a favor de las entidades a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, en las condiciones establecidas en la citada disposición.”*

*En otro párrafo de dicho fundamento de derecho, en relación a la aplicación del acuerdo de gobierno de Canarias de 22 de mayo de 2019 (antes referenciado) señala nuestra resolución que “Corresponde al órgano de contratación la facultad de determinar que licitaciones reserva a las empresas de inserción o a los Centros Especiales de Empleo, con la única limitación de que el objeto de las mismas sea compatible con la reserva a favor de éstas”.*



2.- Respecto a las alegaciones de la recurrente de considerar contraria al artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE la estipulación de reserva que hace la Disposición Adicional 4ª de la LCSP dentro de los CEE a una concreta modalidad de los mismos cual es la de **CEE de iniciativa social**, se ha pronunciado entre otros el órgano administrativo de recursos contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el sentido de considerarla ajustada a la Directiva. Así en su Resolución nº 100/2018 de 13 de agosto. En aquel supuesto la recurrente no discutía ( al igual que en el recurso que nos ocupa) que las cláusulas de los pliegos que configuraban la reserva a CEE de iniciativa social fuesen acordes a la disposición adicional 4ª de la LCSP, sino que lo que denunciaba era que la trasposición que hizo la LCSP del artículo 20 de la Directiva 2014/24 se había realizado incorrectamente. La Resolución del OARC descartó los argumentos de errónea trasposición de la Directiva que realizaba la recurrente, justificándolo entre otros en el propio considerando 36 de la Directiva 2014/24 que se refería para la reserva de contratos a "empresas sociales", y no consideraba discriminatoria ni contraria a la competencia dicha reserva a favor de CEE de iniciativa social.

En este mismo sentido se han pronunciado también los otros tribunales de recursos contractuales como el catalán en su Resolución 202/2018, de 10 de octubre , el TACRC Resolución 860/2018, de 1 de octubre y el Tribunal de Castilla y León en su Resolución 108/2018 de 15 de noviembre.

En la Resolución citada del TACRC, 860/2018 se señaló lo siguiente:

"...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”.*

*Tal y como argumenta en su recurso CONACEE, la Resolución citada del OARC nº 100/2018 fue recurrida ante el TSJ del País Vasco pendiendo la sentencia , y el órgano jurisdiccional planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE (C-598/19) para que se pronuncie sobre:*

*"Si el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación debe interpretarse en el sentido de que el alcance subjetivo de la reserva previsto por el mismo no puede ser delimitado en términos que excluyan de su ámbito de aplicación a empresas u operadores económicos que acrediten el requisito de que, al menos, el 30 % de sus empleados sean personas discapacitadas y cumplan la finalidad u objetivo de integración social y profesional de esas personas, mediante la fijación de requisitos adicionales relacionados con la constitución, carácter y fines de dichos sujetos, con su actividad o inversiones, o de otra clase”.*

*Por tanto, habrá que estar a dicho pronunciamiento una vez que se produzca”.*

Vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

## **RESUELVE**

**PRIMERO. DESESTIMAR** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don JPM, en nombre y representación de **INTEGRA MANTENIMIENTO, GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L.**, contra la adjudicación a favor de la entidad CEE GRANJA ADISFUER, S.L, del contrato de servicio de apoyo al control de usuarios, accesos y aperturas, salidas y cierre de los centros deportivos del Cabildo de Fuerteventura.

**SEGUNDO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.



**TERCERO.** Notificar la presente Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

*Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, y contra la misma solo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de DOS MESES a partir del día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa.*

**TITULAR DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS.**