



Recurso nº 706/2018 C.A Región de Murcia 63/2018

Resolución nº 777/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 7 de septiembre de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D. A. L. G. O. en representación de CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (CONACEE) contra los pliegos del procedimiento *“Servicio de conservación y mantenimiento de varios parques y jardines de San Javier”* Expediente nº 02/18 convocado por el Ayuntamiento de San Javier, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de San Javier convocó a pública licitación, mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea el 26 de junio de 2018 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 27 de junio de 2018 el procedimiento del *“Servicio de conservación y mantenimiento de varios parques y jardines de San Javier”* Expediente nº 02/18 con un valor estimado de 2.469.597,56 EUR.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. Disconforme con los pliegos anteriormente identificados el recurrente CONACEE interpuso el 16 de julio de 2018 recurso especial en el que hacía constar que los motivos que lo fundaban eran la discrepancia con la exigencia contenida en el PCAP cláusulas 3,5,12,16 y 1.1, 1.4. 1.7 y Anexo I del PPT de que los Centros Especiales de Empleo sean entidades sin ánimo de lucro. Entiende que esta exigencia a pesar de ser acorde a lo previsto en la LCSP en su disposición final 14ª es contraria al artículo 20 de la

Directiva 2014/24/UE y a su considerando 36 y supone una vulneración manifiesta de la libre competencia, del ordenamiento de la UE y de los derechos de las personas con discapacidad.

Considera que si el tribunal lo estima oportuno puede elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Que en todo caso debido a la incorrecta transposición de la Directiva resulta de aplicación directa el artículo 20 de la misma y tienen derecho a concurrir a la licitación todas las entidades que se engloben en el concepto de taller protegido.

Cuarto. El órgano de contratación emitió informe con fecha 18 de julio de 2018 en el que indicaba que habían aplicado la DA 4ª de la LCSP en relación con 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 que en todo caso excede de su competencia valorar si la transposición de la Directiva ha sido o no correcta.

Quinto. El Tribunal en acuerdo de 23 de julio de 2018 acuerda la suspensión del expediente de contratación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y en el Convenio suscrito al efecto el 4 de octubre de 2012 entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BOE de 21 de noviembre de 2012), y prorrogado el 20 de octubre de 2015 (BOE 11 de noviembre de 2015).

Segundo. De acuerdo con el artículo 44.2 a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación son susceptibles de recurso especial.

Tercero. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 50.1 b LCSP.

Cuarto. En relación a la legitimación, según el artículo 48 de la LCSP, *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”*

Como señalamos en nuestras Resoluciones nº 237/2011, de 13 de octubre, y nº 122/2012, de 30 de mayo, es preciso examinar la doctrina jurisprudencial acerca del concepto “interés legítimo” en el ámbito administrativo. Así podemos traer a colación la Resolución 90/2017, de 27 de enero que lo detalla con claridad y que también analiza el supuesto concreto de las Asociaciones empresariales: *“... en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias por las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se delimita con claridad el citado concepto en los siguientes términos, tomados de la fundamentación de la sentencia de 2 de octubre de 2001.*

Por “interés”, que es un concepto más amplio que el de derecho subjetivo, debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico-administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos.

Dicha situación que, desde el punto de vista procedimental, supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se ha extendido a lo que, con más precisión, se titula “interés legítimo”, concepto que consiste en el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio.

Ese interés, desde el punto de vista procedimental y procesal, es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración del propio círculo jurídico vital y que, en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado con dicho concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o, incluso, de orden moral, así como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto o disposición administrativa ocasionaría un perjuicio, con tal de que la repercusión del mismo no sea lejanamente derivada o indirecta sino resultado inmediato de la resolución o norma dictada o que se dicte o llegue a dictarse.

Ese interés legítimo, que abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien litiga.

En cuanto a la necesidad de la ventaja o perjuicio invocado sea efectivo y acreditado, y no meramente hipotético, potencial o futuro, incide la Sentencia núm. 93/1990, de 23 mayo, del Tribunal Constitucional, Sala Primera, al exigir que el interés invocado sea real y actual.

En fin, la jurisprudencia también señala que, al conceder el artículo 24.1 de la Constitución Española el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales –y por ende a los órganos administrativos– la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales o procedimentales administrativas utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales o procedimientos administrativos.

Igualmente hemos señalado en nuestras Resoluciones 29/2011, 248/2012, 219/2013 y 1/2014 que la decisión sobre determinadas cláusulas de los pliegos, que afectan a la esfera jurídica de intereses de los posibles licitadores, son para una asociación que

asume la defensa de los intereses colectivos del sector y a la que pertenecen las empresas que pueden ser licitadoras algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos.”

La CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (CONACEE) recurre contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del “Servicio de conservación y mantenimiento de varios parques y jardines de San Javier”. Entre sus funciones se detalla la representación institucional ante los Organismos Públicos en defensa de sus intereses empresariales.

Por lo expuesto procede reconocer la legitimación de la recurrente para la interposición del recurso.

Quinto. Con relación al fondo del asunto las alegaciones del recurrente se fundaban en la discrepancia con la exigencia contenida en el PCAP cláusulas 3, 5, 12, 16 y 1.1, 1.4. 1.7 y Anexo I del PPT de que los Centros Especiales de Empleo sean entidades sin ánimo de lucro. Entiende que esta exigencia a pesar de ser acorde a lo previsto en la LCSP en su disposición final 14ª es contraria al artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE y a su considerando 36 y supone una vulneración manifiesta de la libre competencia, del ordenamiento de la UE y de los derechos de las personas con discapacidad.

Considera que si el tribunal lo estima oportuno puede elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Que en todo caso debido a la incorrecta transposición de la Directiva resulta de aplicación directa el artículo 20 de la misma y tienen derecho a concurrir a la licitación todas las entidades que se engloben en el concepto de taller protegido.

Vamos a referirnos brevemente al procedimiento de transposición obligatoria de las Directivas. Para que una Directiva surta efecto a escala nacional, los países de la Unión Europea (UE) deben adoptar una ley que la incorpore a su ordenamiento jurídico interno. En este procedimiento de transposición los países de la UE tienen margen de maniobra en este proceso de transposición, debiendo atender a las características nacionales específicas. Cuando un país no transpone una Directiva, la Comisión puede incoar un

procedimiento de infracción e instruir un procedimiento contra el país ante el Tribunal de Justicia de la UE, no hay constancia del inicio de un procedimiento de infracción contra España de la incorrecta transposición de la Directiva en este punto.

Sobre la posible invocación de la Directiva ante los tribunales de los países de la UE, hay que distinguir efectivamente si la Directiva ha sido transpuesta y si lo ha sido correctamente o si ha expirado el plazo y no ha sido transpuesta. En este caso concreto la Directiva ha sido transpuesta y el recurrente alega que lo ha sido incorrectamente.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea configuró el denominado efecto directo de la normativa comunitaria (Sentencia Van Gend and Loos, 1963), que permite que el ciudadano invoque su eficacia directa frente al Estado cuando aquella reconozca derechos a las personas afectadas. En el vertical se reconoce el derecho de los particulares a invocar la Directiva directamente frente al Estado. Pero en todo caso lo que es preciso que las disposiciones de la Directiva sean lo bastante claras e incondicionales para poder invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de la obligación de los órganos jurisdiccionales de interpretar el Derecho nacional atendiendo al criterio tanto teleológico como del espíritu de la Directiva.

A la vista de lo anterior examinaremos el contenido de lo previsto 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.

Su considerando 36 prevé: *“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.”

Por su parte el artículo 20 se refiere a los 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.”

La figura de los contratos reservados fue incorporada al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre, con el fin promover la inserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Ha sido posteriormente la LCSP la que consolida su empleo que deriva de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

La Directiva 2014/24/UE mantiene la reserva de mercado para fomentar la inserción de personas con discapacidad y la amplía a los operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas desfavorecidas.

El ordenamiento jurídico español acogió esa nueva regulación en la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, cuyo artículo cuarto modifica la disposición adicional quinta del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, para permitir la reserva de la participación en procedimientos de adjudicación de contratos a las empresas de inserción. Supuso tres novedades en esta materia, en primer lugar, permitir la reserva de participación también para las empresas de inserción, en segundo lugar, introducir la posibilidad de reservar no solo contratos sino también lotes de los mismos, y en tercer u último lugar evolucionar en el grado de

exigencia, de una mera posibilidad se pasó a la obligatoriedad de la medida, fijándose ya porcentajes mínimos de reserva.

La LCSP todavía más allá y amplía el concepto de contratos reservados, en la disposición adicional cuarta se distingue entre los reservados a Centros Especiales de Empleo y empresas de inserción y la disposición adicional cuadragésima octava reserva ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones.

Lo sujetos beneficiarios de la reserva son por un lado las empresas de inserción siempre deben estar promovidas al menos en un 51% en el caso de sociedades mercantiles por entidades y/o asociaciones sin ánimo de lucro o por fundaciones (artículos 4, 5 y de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción).

Y por otro lado son también beneficiarias los Centros Especiales de Empleo si bien con el matiz de que ahora deben reunir el requisito de ser de iniciativa social pues así se deriva de la disposición final decimocuarta de la LCSP que señala: *«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.»*

Por lo tanto, no hay diferencia entre este requisito en uno y otro caso, lo que ocurre es que para los Centros Especiales de Empleo se señala expresamente lo que ya estaba previsto, la exigencia de iniciativa social, expresamente para las empresas de inserción en su regulación específica.

Y es precisamente en este punto del que discrepa la recurrente, entiende que tienen derecho a concurrir a la licitación todas las entidades que se engloben en el concepto de taller protegido.

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de diciembre de 2014, en el asunto C-113/13, caso Spezzino, sobre servicios de transporte sanitario y la normativa nacional que reservaba con carácter prioritario las actividades de transporte sanitario para los establecimientos sanitarios públicos a las organizaciones de voluntariado que cumplen los requisitos legales ya señalaba otro precedente, el del apartado 32 de la sentencia Sodemare y otros (EU:C:1997:301), en los que el Tribunal de Justicia declaró que un Estado miembro puede, en el marco de la competencia que conserva para ordenar su sistema de seguridad social, considerar que un sistema de asistencia social a las personas de avanzada edad cuyo estado haga indispensable una asistencia sanitaria implica necesariamente, para alcanzar su objetivo, en este caso, el respeto de la finalidad exclusivamente social de ese sistema, de modo que la admisión en éste de operadores privados en calidad de prestadores de servicios de asistencia social esté supeditada al requisito de que no persigan ningún fin lucrativo. El Tribunal entendió ya entonces en esta sentencia 17 de junio de 1997 en el asunto Sodemare, C-70/95 que el Estado italiano, en ejercicio de su competencia para ordenar dicho sistema, podía considerar legítimamente que la mejor forma de alcanzar los objetivos del mismo era, precisamente, mediante la imposición del requisito de la ausencia de ánimo de lucro para acceder al otorgamiento de los correspondientes contratos.

Existen pronunciamientos posteriores en el que se analiza que es acorde a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios (artículos 49 y 56 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) la adjudicación de contratos públicos (incluso de manera directa y sin publicidad) si la prestación de servicios contribuye realmente a una finalidad social no lucrativa y a la prosecución de los objetivos de solidaridad y de



eficiencia presupuestaria. Se pueden citar entre otras la sentencia de 28 de enero de 2016, asunto C-50/14, decisión prejudicial, caso Casta).

Por lo tanto, no hay obstáculo que determine que esta exigencia sea contraria la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.

Por su parte en el ámbito interno solamente han sido objeto de análisis los Centros Especiales de Empleo por el Informe 17/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Señala que nada impide que la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante norma con rango legal, reserve determinados contratos en el ámbito de los servicios sociales a instituciones de iniciativa social siempre que la finalidad sea una mejor prestación de los fines públicos y se articule una adecuada concurrencia ente estas entidades de iniciativa. Y así efectivamente se ha regulado en la normativa autonómica de servicios sociales el establecimiento de sistemas de concertación exclusivos para entidades sin ánimo de lucro. Podemos citar entre ellas la Ley de Aragón, Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, la Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia o la Ley 16/2015, de 9 de noviembre, por la que se modifica la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de Murcia.

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que la exigencia prevista en el PCAP analizado de que los Centros Especiales de Empleo sean entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro es acorde a lo previsto en la disposición final 14ª de la LCAP sin que se aprecie contradicción con lo previsto en el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE y a su considerando 36, por lo que no se estima necesario elevar cuestión prejudicial al TJUE.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso formulado por D. A. L. G. O. en representación de CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (CONACEE) contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de conservación y mantenimiento de varios parques y jardines de San Javier*” Expediente nº 02/18 convocado por el Ayuntamiento de San Javier

Segundo. Alzar la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal de conformidad con los artículos 49 y 56 de la LCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.