



Recurso nº 863/2023 C.A. Illes Balears 68/2023

Resolución nº 1027/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 27 de julio de 2023.

VISTO el recurso especial interpuesto por D. J.T.M., en nombre y representación de la FEDERACION EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (FEACEM) contra los pliegos rectores del procedimiento de licitación para el contrato reservado del *“Servicio de apoyo al desbroce y limpiezas especiales en el término municipal de Palma”*, con expediente referencia 1762_LAS_SE_0223, convocado por la Empresa Municipal d’Aigües y Clavegueram, S.A. (EMAYA) participada íntegramente por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por acuerdo de la Gerencia de la EMPRESA MUNICIPAL D’AIGÜES Y CLAVEGUERAM, S.A. (en adelante, EMAYA), sociedad mercantil pública, participada íntegramente por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, en su condición de poder adjudicador no administración pública aprobó el expediente de contratación y los pliegos para el contrato reservado para el servicio de apoyo al desbroce y limpiezas especiales en el término municipal de Palma, dividido en dos lotes y con un valor estimado de 2.670.184,74 €.

Segundo. La licitación, tramitada por procedimiento de urgencia, fue enviada para su anuncio al DOUE el 25 de abril de 2023 y publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 13 de junio de 2023 anunciando el procedimiento de licitación abierto y con fecha máxima para la presentación de proposiciones hasta el día 20 de junio de 2023 a las 23:59 horas.



El objeto del contrato se anunció bajo los siguientes códigos:

- 77312000 - Servicios de desbrozo.
- 77312100 - Servicios de eliminación de malezas.

Los lotes del contrato de servicios quedaron así configurados en los pliegos:

- Lote 1: L1- Desbroce y retirada de hierba en la vía pública.
- Lote 2: L2- Desbroce y retirada de hierba y limpieza en zonas de ocio canino, solares, paseos polígonos industriales y otros espacios.

La preparación de la oferta quedó vertebrada en dos sobres, el de la documentación administrativa y el de la oferta económica o evaluable mediante fórmulas.

Tercero. El contrato se licitó como un contrato reservado, si bien en la regulación sobre la habilitación empresarial exigida en los Pliegos (apartado 7.4 del Bloque II del PCAP) no se especificó si los licitadores debían estar necesariamente acreditados como centros especiales de empleo de iniciativa social, lo que dio lugar a varias consultas por parte de licitadores.

Cuarto. Ante la ambigüedad de los pliegos, EMAYA procedió a rectificar con el fin de incluir en el concepto de contrato reservado, también a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa empresarial. Rectificados los pliegos, se procedió a su anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 13 de junio del presente.

Quinto. Según el certificado expedido desde la propia Plataforma de Contratación del Sector Público dentro del plazo de presentación de ofertas, se han recibido las siguientes:

- EULEN CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.A. (lotes 1 y 2).
- UTE SIFU BALEARES- SIFA ANDALUCÍA (lote 1).
- SERVEIS INTEGRALS DE FINQUES URBANES DE BALEARS, S.L. (lote 2).



Sexto. Disconforme la FEDERACION EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (FEACEM) con la rectificación de los pliegos y la ampliación de la reserva a los centros especiales de empleo de iniciativa empresarial, con fecha 21 de junio del presente, ha presentado en sede electrónica el presente recurso especial en materia de contratación contra los pliegos rectores del procedimiento de licitación para el contrato reservado del “*Servicio de apoyo al desbroce y limpiezas especiales en el término municipal de Palma*”, suplicando la estimación del recurso para que con anulación de la modificación introducida, se retorne a la redacción originaria de la reserva del contrato única y exclusivamente para los centros especiales de empleo de iniciativa social.

Séptimo. Recibido el expediente y el informe del órgano de contratación, la Secretaria del Tribunal, el 28 de junio de 2023, concedió a todas las licitadoras concurrentes un plazo común de cinco días para la presentación de alegaciones. No se ha hecho uso de este trámite.

Octavo. El 6 de julio de 2023 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP, y 22.1. 1º del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC), y el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).



Segundo. El recurso especial se formaliza en relación con un contrato de servicio sujeto a regulación armonizada de valor superior a 100.000 € (artículo 44.1, a) de la LCSP), y se contrae a una actuación susceptible de revisión en esta sede por tratarse de la impugnación de los pliegos ex artículo 44.1, a) de la LCSP.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50.1 de la LCSP y se han cumplido las demás formalidades procedimentales.

Cuarto. En cuanto a la legitimación, la FEDERACION EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (en adelante, FEACEM) goza de legitimación corporativa o difusa (artículo 48 in fine de la LCSP) pues es una federación empresarial, sin ánimo de lucro, de ámbito estatal y de carácter intersectorial, que agrupa a 14 asociaciones empresariales (de ámbito estatal y autonómico) vinculadas al movimiento asociativo de personas con discapacidad, a través de los cuales integra y representa a más de 500 Centros Especiales de Empleo de iniciativa social que aglutinan a más de 30.000 trabajadores con discapacidad. Siendo, de esta forma *“la máxima institución representativa y vertebradora de los Centros Especiales de Empleo de Economía Social”*, de los que asume la interlocución única ante las administraciones públicas, los agentes sociales y la sociedad en general.

A estos efectos, y como ha resuelto este Tribunal (Resoluciones nº 1050/2018 y 1414/2019), el artículo 48 de la LCSP ha introducido dos novedades respecto al artículo 42 del derogado TRLCSP. Por un lado, amplía el ámbito de la legitimación no ya sólo a aquellos que resulten perjudicados en sus derechos e intereses legítimos (tal y como lo establecía el TRLCSP), sino que se especifica que tales derechos e intereses legítimos pueden ser *“individuales o colectivos”* y, además, se abre a la afectación indirecta —*“pueden resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”*—. Y, por otra parte, en lo que aquí interesa, el párrafo 2º del artículo 48 de la LCSP legitima a las organizaciones sindicales para interponer este recurso cuando de las decisiones recurribles se pudiera deducir fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplirán las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación, con la



contrapartida de que también lo estará “la organización empresarial sectorial representativa de los intereses colectivos”.

El tenor del citado precepto, así como la reiterada doctrina de este Tribunal nos conduce a reconocer la legitimación activa y corporativa de FEACEM para la interposición del presente recurso.

Quinto. El fondo del recuso se centra en la polémica sobre cuáles son los centros especiales de empleo llamados a las licitaciones de los contratos reservados, y así frente a la tesis de la recurrente FEACEM que los circunscribe a los de “*iniciativa social*” y, por ende, impugna la modificación de los pliegos para que se vuelva a la redacción inicial, la tesis del poder adjudicador EMAYA, que tras varias consultas prefirió modificar y ampliar también la reserva a los de “*iniciativa social*” con esta argumentación:

“Dicho esto, insistimos en que el apartado 7.4 del Bloque II del PCAP, al regular la habilitación exigida, no limitaba la concurrencia a centros especiales de empleo de iniciativa social, de ahí las múltiples consultas que se recibieron por parte de EMAYA sobre este punto. Una vez confirmado el criterio de EMAYA al respecto, se detectaron dos menciones puntuales en los Pliegos que podían ser contrarias al mismo —en el título y en la documentación del Sobre C— y simplemente se procedió a su supresión. Desde esta consideración, la supresión de dichas menciones (contenidas, insistimos, en puntos ajenos a la regulación de la habilitación empresarial, y sin ofrecer mayor contenido o justificación) se consideró como una mera corrección de errores, motivo por el cual no se procedió a la retroacción de las actuaciones sino a una ampliación del plazo para la presentación de ofertas en 3 días adicionales para preservar cualquier interés que pudiera verse afectado por esta ambivalencia en los Pliegos”.

Los contratos reservados tienen su acogida en las directivas incorporadas a nuestro Ordenamiento Jurídico por la vigente LCSP. En este sentido, 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.



Esta nueva regulación se incorporó a nuestro ordenamiento mediante la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica la normativa en materia de autoempleo y se fomenta el trabajo autónomo, que introdujo tres novedades importantes:

- permitir la reserva de participación también para las empresas de inserción,
- introducir la posibilidad de reservar no solo contratos sino también lotes de los mismos, y
- pasar de la posibilidad a la obligación.

Esta última fue la gran novedad, mientras la redacción original de la Ley 30/2007 que se mantuvo en el derogado TRLCSP hablaba de “podrá reservarse”, la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, incluyó el mandato de “*mediante acuerdo del Consejo de Ministros o a través del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva*”.

Veamos como la normativa comunitaria, transpuesta en la LCSP, contempla esta obligatoriedad de la reserva de contratos del sector público a favor de determinados operadores económicos de naturaleza social. Son ilustrativas al respecto dentro de la Directiva 2014/24/UE, el considerando (36) y el artículo 20, cuyo tenor literal expresan cuanto sigue.

Considerando (36):

“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 bajo la rúbrica de “contratos reservados” afirma que:

“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”.

Tanto la filosofía o espíritu recogido en el Considerando transcrito como la norma comunitaria, el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE han sido ahora transpuestos a nuestro Derecho interno por la vigente LCSP. Dos son las disposiciones de la nueva LCSP que excepciona la concurrencia competitiva y da paso a los llamados “contratos reservados”: las Disposición Adicional Cuarta y Cuadragésima octava.

La primera, la Adicional Cuarta, transpone el artículo 20 de la Directiva de la siguiente forma:

“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 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”.

Por otro lado, y en liza con la Disposición Adicional Cuarta, la Cuadragésima Octava de la LCSP reserva ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones de carácter social siempre que cumplan las condiciones impuestas en la misma.

La problemática se plantea en torno a la concreción de los referidos en la norma comunitaria, como “talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas” que



pueden presentarse a las licitaciones de los contratos reservados y que ahora la LCSP los centraliza en los CEE de iniciativa social y empresas de inserción; por ende, a juicio de la recurrente deja fuera a otros CEE, en concreto a los de iniciativa empresarial.

Lo hasta aquí expuesto, nos hace interrogarnos cuáles son los operadores económicos destinatarios de la reserva de la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP, al transponer el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE.

Los operadores económicos siguen siendo las empresas de inserción (Ley 44/2007, de 13 de diciembre) y los Centros Especiales de Empleo (Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/2013, de 13 de diciembre) pero en el caso de estos últimos con la variación de que ahora deben reunir el requisito de ser de iniciativa social. Esta característica se define en la Disposición Final Decimocuarta, que confiere una nueva redacción al artículo 43 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, en concreto introduce el apartado 4º, para definir de esta forma a los CEE de iniciativa social:

“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”.

Llegados a este punto, nos hemos de plantear si la transposición que dicha Disposición Adicional Cuarta hace del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE es conforme o, por el contrario, vulnera el espíritu y el tenor de la norma comunitaria que goza de primacía sobre el Derecho interno.

Al igual que en el caso del artículo 24 de la Directiva de Concesiones, este precepto, en cuanto contempla la posibilidad de reservar el derecho a licitar a determinados entes por la función social que desempeñan, no establece un mandato claro e incondicionado, por lo que carece de efecto directo y así se manifestó en el documento de estudio elaborado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública (Madrid, 1 de marzo de 2016).

En efecto, los Estados miembros gozan de libertad para cumplir el mandato dado desde el acervo comunitario que no es otro, que el de reservar licitaciones de determinados contratos a favor de operadores económicos que desempeñan una función social, por ello, el legislador estatal ha añadido a los CEE el calificativo de ser “de iniciativa social”.

El porqué de exigir esta iniciativa social expresamente a los CEE y no a las empresas de inserción es que éstas, por mandato legal, 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.

El carácter de CEE de iniciativa social o de empresa de inserción, es una condición legal de aptitud y no un requisito de solvencia, sin que ello implique una vulneración de los principios de igualdad, no discriminación y de la libertad de competencia, tal y como defiende el recurrente, pues no olvidemos que nos hallamos ante “*contratos reservados*”.

La libre competencia sigue siendo el pilar fundamental de la legislación comunitaria y de la contratación pública en nuestro Derecho interno. En este caso, lo único que se hace es especificar una categoría determinada de operadores económicos de carácter social que pueden acceder al contrato que goza del carácter de reservado. Ello no quita para que se aplique la libre competencia entre ellas, quedando abierta la licitación a cualquier empresa que cumpla las condiciones al igual que en cualquier licitación ordinaria. Además, las condiciones de solvencia técnica y económica, y el resto que se establezcan en los pliegos, deben seguir cumpliéndose como en cualquier otro procedimiento.

A mayor abundamiento, se ha dictado la Sentencia sobre la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco al TJUE, sobre la interpretación del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE: la Sentencia del TJUE (Sala Quinta), de 6 de octubre de 2021, en el asunto C-598/19 declara que la Directiva 2014/24/UE no se opone a que un Estado miembro imponga requisitos adicionales a los enunciados en dicha disposición, excluyendo de los procedimientos de adjudicación a determinados operadores económicos que cumplan los requisitos de la Directiva, siempre que se respeten los principios de igualdad de trato y proporcionalidad. Por tanto, que la cuestión ya está decidida en el sentido defendido en las alegaciones formuladas por la federación recurrente, FEACEM.

Por ello, y a los efectos de justificar un distinto trato entre ambos tipos de centros especiales de empleo, la Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2021, impone al órgano jurisdiccional remitente la tarea de comprobar si *“como ha indicado (...) el Gobierno español en sus observaciones escritas, los centros especiales de empleo de iniciativa social, debido a sus características específicas, están en condiciones de poner en práctica de manera más eficaz el objetivo de integración social perseguido por el artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2014/24, lo que podría justificar objetivamente una diferencia de trato en relación con los centros especiales de iniciativa empresarial. A este respecto, el Gobierno español señala que los centros especiales de empleo de iniciativa social maximizan el valor social y no económico porque, primero, carecen de afán de lucro y reinvierten todos sus beneficios en la consecución de sus fines sociales; segundo, se caracterizan por adoptar principios democráticos y participativos en su gobernanza, y, tercero, de esta manera logran generar con su actividad un mayor impacto social, proporcionando mayor calidad en el empleo y mejores posibilidades de integración y reintegración social y laboral de personas con discapacidad o desfavorecidas”*.

Esta tesis es la sostenida por este Tribunal desde la Resolución nº 860/2018, de 1 de octubre.

Lógico corolario de todo lo anteriormente expuesto, es que se han de aceptar los argumentos de la federación impugnante, pues el contrato reservado ha de volver a sus



términos iniciales en la redacción de los pliegos, en el sentido de circunscribir la reserva a los centros especiales de empleo de iniciativa social, tal y como defiende FEACEM.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso especial interpuesto por D. J.T.M., en nombre y representación de la FEDERACION EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (FEACEM) contra los pliegos rectores del procedimiento de licitación para el contrato reservado del “*Servicio de apoyo al desbroce y limpiezas especiales en el término municipal de Palma*”, con expediente referencia 1762_LAS_SE_0223, convocado por la Empresa Municipal d’ Aigües y Clavegueram, S.A. (EMAYA) participada íntegramente por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca; con anulación de la cláusula referente a la concreción de la reserva, de tal modo que se vuelva a la redacción inicial, esto es, la reserva del contrato a favor de los centros especiales de empleo de iniciativa social.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 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 de la Comunidad de las Illes Balears en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES