



Recurso nº 847/2018 C.A. Principado de Asturias 56/2018

Resolución nº 914/2018

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

En Madrid, a 11 de octubre de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D. A.L.G.O. en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas del contrato denominado “*Servicio de Comedor Escolar en las Escuelas de Primer Ciclo de Educación Infantil (curso 2018-2019 reservado a centros especiales de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción)*”, convocado por el Ayuntamiento de Avilés, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por Resolución de la Alcaldía nº 4.880/2018, de 30 de julio, se aprobó e inició expediente licitatorio para adjudicar, por procedimiento abierto, el “*Servicio de comedor escolar en las Escuelas de Primer Ciclo de Educación Infantil (curso 2018-2019) reservado a centros especiales de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción*”, aprobándose, a estos efectos, los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares elaborados, así como el correspondiente gasto.

En cumplimiento de los preceptivos trámites se publicó el correspondiente Anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Avilés, con fecha 31 de julio de 2018.

En el anuncio de licitación mencionado se señalaba como fecha límite de presentación de proposiciones el día 16 de agosto de 2018.



Dentro del plazo anteriormente mencionado presentó proposición una única entidad: DECUCHARA RESTAURACIÓN SOCIAL S.L.

Segundo. Evacuados los trámites oportunos en el procedimiento licitatorio, la Mesa de Contratación, en sesión de fecha de 29 de agosto de 2018 acordó, por unanimidad, proponer al órgano de contratación la adjudicación del “Servicio de comedor escolar en las Escuelas de Primer Ciclo de Educación Infantil (curso 2018-2019) reservado a centros especiales de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción”, a favor de la entidad DECUCHARA RESTAURACION SOCIAL S.L.

Tercero. Con fecha 21 de agosto de 2018, Don Ángel Luis González Olivares, en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (CONACEE) presenta recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación del servicio de comedor escolar en las Escuelas de Primer Ciclo de Educación Infantil (curso 2018-2019) reservado a centros especiales de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción, alegando, en síntesis, los siguientes argumentos:

- a) Vulneración del ordenamiento de la Unión Europea, porque el contenido del pliego se orienta a una finalidad claramente contraria a la que previene y justifica el ordenamiento de la Unión Europea en una materia como la que nos ocupa. Vulneración del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, por ser imposible aplicar la reserva prevista en dicha Directiva a un colectivo de entidades distinto del previsto en la misma.
- b) Por dicho motivo solicita la eliminación de la expresión “de iniciativa social” que con referencia a los centros especiales de empleo se incluye en la denominación y cláusula 2 del cuadro de características y cláusula 4 del pliego de cláusulas administrativas particulares, y cláusulas I.1, I.8 y II.3 del pliego de prescripciones técnicas, así como de cualquier otro pronunciamiento de los pliegos y de los documentos rectores del procedimiento de licitación que sea aplicación del concepto “de iniciativa social” respecto de los centros especiales de empleo.



- c) Asimismo, solicita, en caso de considerarse necesario para la resolución de este recurso, el planteamiento de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la aplicación y alcance del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE.

Cuarto. Con fecha de 3 de septiembre de 2018 el órgano de contratación ha emitido informe oponiéndose a la estimación del recurso, con base, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) En primer lugar, reconoce que en los pliegos impugnados se identifica a los destinatarios de la reserva como “centros especiales de empleo de iniciativa social”, si bien tal es el concepto acotado y empleado por la legislación actualmente aplicable, disposición adicional cuarta de la LCSP. De modo que, no ha existido ninguna alteración, modificación, ni interpretación por parte de los pliegos impugnados de la facultad de reserva de contratos a los centros especiales de empleo establecida en la referida disposición adicional cuarta, sino una mera transcripción literal de dicho precepto legal.
- b) Por esta razón, considera que el recurso no plantea ninguna contradicción entre los pliegos impugnados y la LCSP, sino una posible antinomia entre la trasposición llevada a cabo por la LCSP y la Directiva comunitaria objeto de trasposición. Considerando, asimismo, que excede de las competencias del Ayuntamiento de Avilés un pronunciamiento a propósito de si el legislador español ha traspuesto o no correctamente el artículo 20 de la Directiva comunitaria 2014/24/UE.

Quinto. Consta resolución dictada por delegación por la Secretaría de este Tribunal de fecha de 6 de diciembre de 2018 acordando la concesión de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.



En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente LCSP (artículos 44 y siguientes) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Disposición Transitoria Primera. 4 LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se ha interpuesto ante este Tribunal que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP, y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencias de recursos contractuales, de 4 de octubre de 2013, y publicado en el BOE con fecha de 28 de octubre de 2013.

Segundo. La CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (CONACEE) goza de una legitimación corporativa, expresamente reconocida en el artículo 48 de la LCSP, pues en su segundo inciso afirma que: *“Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”*.

La CONACEE se define como la patronal más antigua de los Centros Especiales de Empleo (en adelante, CEE) y es una entidad asociativa de los mismos, por lo que con lógica goza de legitimación para impugnar los pliegos de un contrato de servicio reservado a determinados operadores ex Disposición Adicional Cuarta de la LCSP.

Esta legitimación social o corporativa, representativa de los intereses de un sector que puede quedar afectado por el contrato ha venido siendo reconocida por este Tribunal,



incluso antes de la entrada en vigor de la LCSP. Así hemos de recordar, entre otras, la Resolución nº 198/2018, de 2 de marzo expresiva de cuanto sigue:

“En la actualidad, en el mismo sentido, se manifiesta el artículo 48 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por la que se trasponen al Ordenamiento Jurídico Español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 9 de noviembre de 2017), y que, si bien a día de hoy aún no ha entrado en vigor (con fecha para ello de 9 de marzo de 2018 de conformidad con su DF 16ª), es indudable su valor como criterio interpretativo (cfr., a propósito de la aplicación de normativa posterior como criterio interpretativo, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 4 de julio de 2006 –Roj STS 5854/2006-, 29 de noviembre de 2006 –Roj STS 8055/2006- y 4 de octubre de 2016 –Roj STS 4401/2016-), en el que se establece: “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.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

De esta nueva regulación respecto de la anterior, este Tribunal extrae dos conclusiones:

a) Se amplía la legitimación para recurrir, siguiendo con la doctrina establecida por este mismo Tribunal en cuanto a la posibilidad de ampliación de la legitimación del recurso especial en materia de contratación, puesto que en este precepto se consagra ya la posibilidad de que se interponga el recurso especial por quienes se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, **de manera directa o indirecta.**



b) Se reconoce por primera vez en un texto legal, la legitimación para recurrir por la vía de este recurso especial a las **organizaciones sindicales y empresariales**, pero solo en los términos contenidos en este precepto.

Al respecto, conviene recordar que este Tribunal, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en las Sentencias núm. 119/2008, de 13 octubre y número 38/2010, de 19 de junio, ya ha venido avalando en sus Resoluciones un concepto amplio de legitimación.

Así, en nuestras Resoluciones 398/2016, 212/2013, y en anteriores ocasiones (Resolución 221/2012, de 11 de octubre), ya hemos venido señalando que la interpretación de los requisitos de legitimación debe hacerse con amplitud. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 28/2009, de 26 de enero, *“el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta (STC 52/2007, de 12 de marzo, F. 3; también, entre otras, SSTC 252/2000, de 30 de octubre, F. 3; 73/2006, de 13 de marzo, F. 4)”*

De igual forma, otros Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales también se han hecho eco de esta misma línea interpretativa en el sentido de reconocer una legitimación amplia para interponer el presente recurso especial, ya que, de otra manera, no tendría lugar la necesaria protección de la tutela judicial efectiva en el ámbito de la contratación pública. Es el caso del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 16/2014, así como en la Resolución 326/2015, en la que ha manifestado en su F.1 lo siguiente: *“Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (220/2015, de 10 de junio, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo*



en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación”.

Así, se admite la existencia de distintos tipos de legitimación, reconociendo la posibilidad de que no solo pueda ser admitido el recurso interpuesto por quien se encuentra dentro de un procedimiento de licitación, con la intención de resultar adjudicatario, sino también la de quien defiende intereses generales de socios o partícipes, los cuales, lejos del interés en la adjudicación de un contrato, persiguen un interés más amplio que pretende amparar a su colectivo. Si bien, incluso en estos casos de reconocimiento de legitimación amplia, siempre resulta necesario acreditar el beneficio de índole material o jurídica, o la evitación de un perjuicio, afectado por la resolución del recurso, acordando el Tribunal la inadmisión del mismo, en caso contrario.

Es decir, lo relevante a efectos de que exista esta legitimación es que exista un interés directo o indirecto con el resultado del recurso especial, de manera que la actuación impugnada pueda repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y no simplemente de forma hipotética o previsible. Como caso especial, cuando se trate de legitimación colectiva, además de lo anterior, será necesario que la defensa de ese colectivo se encuentre dentro de las competencias de quien interpone el recurso. Este último, por ejemplo, sería el caso de los sindicatos o asociaciones empresariales, siendo más dudoso el de los partidos políticos, respecto de los cuales ha habido pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios, siendo necesario señalar aquí que, los partidos políticos, si bien son ahora entidades sujetas a la legislación de contratos públicos, en los términos del artículo 3 de la nueva Ley 9/2017, sin embargo, no se les ha llegado a reconocer legitimación para recurrir en su artículo 48, ya expuesto.

En el supuesto examinado, considera la recurrente que los motivos esgrimidos por ella, ya permiten poner de manifiesto que el pliego impugnado impide sus posibilidades de acceder



a la licitación por parte de los CEE que no tengan la condición de ser de iniciativa social, con lo que considera, que quedaría acreditada la legitimación para recurrir, pues de conformidad con la legalidad de la cláusula impugnada, el contrato quedaría reservado únicamente a los CEE de iniciativa social.

Tercero. La interposición del recurso ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 50.1.b de la LCSP de 15 días hábiles.

Cuarto. El recurso se interpone contra los pliegos de un contrato de servicios, habiéndose seguido un procedimiento abierto, de tramitación ordinaria, por lo que, al amparo de lo previsto en el artículo 44.1.a), en relación con el 44.2.a) de la LCSP, debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Quinto. Entando al fondo de la cuestión controvertida en este recurso, la Confederación (CONACEE) recurrente insta la nulidad de los pliegos y funda su recurso en que la reserva del contrato de servicios a los CEE reseñados en la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP, esto es, CEE de iniciativa social, dejando fuera a los CEE de iniciativa empresarial, entra en contradicción con la Directiva 2014/24/UE, (artículo 20), provocando un daño directo a la libre competencia, interdicción de la no discriminación y, facilitando el fraude en la contratación del sector público.

Habiéndose limitado el Ayuntamiento de Avilés a transcribir en sus pliegos las previsiones contenidas en la disposición adicional cuarta de la LCSP, resulta procedente analizar si la trasposición realizada por el legislador español a nuestro derecho interno del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, en materia de contratos reservados, ha sido correcta, dado que, en caso de dar una respuesta afirmativa a esta cuestión, igualmente lo serán las previsiones contenidas en los pliegos impugnados, por haberse limitado a transcribir las previsiones legales existentes en esta materia.

La cuestión controvertida se trata, entre otras, en la cláusula 4 del PCAP, que remite, a su vez, al punto 2 del cuadro de características, que en materia de objeto social del contrato establece que se trata de un contrato reservado a centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción (disposición adicional cuarta LCSP).



Sexto. Sentados los términos de esta controversia, hemos de partir del carácter vinculante de los pliegos. El tenor literal de la cláusula 4 del PCAP nos conduce a clarificar que nos encontramos ante un contrato reservado a los centros especiales de empleo definidos en la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP, esto es, CEE de iniciativa social.

La pretensión de la confederación impugnante se centra en eliminar la cualificación de “iniciativa social” y por ende, dar entrada en general, dentro de la reserva contractual, a todos los CEE, sean de iniciativa empresarial o sean de iniciativa social.

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**”.

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 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.

En conclusión, no podemos aceptar la ilegalidad de la cláusula del cuadro de características del pliego impugnado pues no hace sino acogerse a los nuevos predicamentos que para los beneficiarios de los contratos reservados contempla la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP, en esencia, el requisito de que dichos CEE han de ser de iniciativa social para redundar en la protección de las políticas a favor de la integración y el derecho al trabajo de las personas con discapacidad (artículo 43 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad).



Séptimo. A continuación hemos de analizar si procede o no plantear desde este Tribunal, la cuestión prejudicial, a saber: si la transposición de la Directiva 2014/24/UE en lo referente a los contratos reservados ha sido bien recogida en la LCSP o si, por el contrario la LCSP implica una vulneración, una infracción o un quebranto de la normativa comunitaria europea que goza del doble efecto: supremacía y efectos directos.

Para que se pueda plantear una cuestión prejudicial deben darse los siguientes requisitos:

- Existencia de un litigio en el que se deba aplicar una **norma de derecho comunitario**.
- Existencia de **dudas de interpretación** de la norma o de **validez** de la misma o de su **compatibilidad** con el Derecho comunitario.
- Imprescindibilidad de la **resolución de las dudas para poder resolver el litigio**.

Como podemos observar, 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.



En efecto, el artículo 43 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad define a los CEE en base a dos elementos: la titularidad y el destino de los posibles beneficios.

Por lo que se refiere a la titularidad del CEE, la ley establece dos supuestos en que podremos estar ante un Centro Especial de Empleo de iniciativa social:

a) Cuando el CEE sea titularidad de entidades de economía social sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus estatutos.

b) Cuando el CEE sea titularidad de sociedades mercantiles en que la mayoría de su capital social sea propiedad de una entidad de economía social sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus estatutos.

Con fundamento en dichas consideraciones este Tribunal aprecia que no concurre el juicio de relevancia para elevar la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Lógico corolario de todo lo anteriormente expuesto nos ha de conducir a la desestimación del recurso por entender que los pliegos rectores del procedimiento de contratación señalado en el encabezamiento son conforme a Derecho.

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 interpuesto por D. A.L.G.O. en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas del contrato "*Servicio de Comedor Escolar en las Escuelas de Primer Ciclo de Educación*



Infantil (curso 2018-2019 reservado a centros especiales de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción)",)", convocado por el Ayuntamiento de Avilés.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento decretada por delegación por la Secretaría de este Tribunal de fecha de 6 de diciembre de 2018.

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 58.3 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 Tribunal Superior de Justicia de Asturias, 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 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.