



EB 2021/177

Resolución 005/2022, de 11 de enero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por INTEGRAMANTENIMIENTO GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS, CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L. contra los pliegos del contrato “Servicio de limpieza de la Casa Astola y de las instalaciones deportivas, reservado a Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social”, tramitado por la Mancomunidad de la Merindad de Durango.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 15 de septiembre de 2021 ha tenido entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por INTEGRAMANTENIMIENTO GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS, CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L. (en adelante, INTEGRAMANTENIMIENTO) contra los pliegos del contrato “Servicio de limpieza de la Casa Astola y de las instalaciones deportivas, reservado a Centros Especiales de Empleo de iniciativa Social”, tramitado por la Mancomunidad de la Merindad de Durango.

SEGUNDO: Con fecha 15 de septiembre el OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó una copia del expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo





2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 17 de septiembre.

TERCERO: Con fecha 20 de septiembre de 2021, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 033/2021, acordando la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente más interesados que el recurrente y el poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta la representación de J.P.M. que actúa en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación activa, se basa en la condición de Centro Especial de Empleo de Iniciativa Empresarial de la recurrente que impugna una cláusula que le impide el acceso al contrato precisamente en razón de dicha condición.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.



CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Mancomunidad de la Merindad de Durango tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

En síntesis, los argumentos de la recurrente son los que se exponen a continuación:

a) El contrato se ha reservado a Centros Especiales de Empleo (en adelante, CEE) de Iniciativa Social y Empresas de Inserción con base en una restrictiva lectura de la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP (en adelante, DA 4ª de la LCSP), contraria al Derecho de la Unión Europea (UE), en especial al artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE; en este sentido, se alegan las Conclusiones del Abogado General en el asunto C-598/19 tramitado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), en las que se cuestiona la adecuación de la normativa española a este precepto. Según INTEGRRA, las empresas que, como ella, cumplen los requisitos del citado artículo 20 deben considerarse comprendidas en la reserva a pesar de no ser CEEs de iniciativa social, dado que este último requisito no figura en la Directiva.

b) La limitación de la reserva a los CEEs de iniciativa social es contraria a la libre competencia y discrimina a CEEs como la recurrente, que quedan en desventaja para el acceso a la contratación pública, asimismo, se perjudica la



integración social y laboral de las personas discapacitadas, que es la finalidad de todos los CEEs, sean de iniciativa social o empresarial.

c) Se alega la sentencia del TJUE de 26/1/2021 (asunto C-16/19), que prohíbe la discriminación entre distintas categorías de trabajadores discapacitados.

d) En contra de lo dispuesto en el apartado 3 de la DA 4ª de la LCSP, se exige garantía definitiva sin que ello se justifique en el expediente.

e) Finalmente, se solicita la nulidad de los pliegos por no ser conformes a Derecho.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso alegando que la contratación se ajusta a lo previsto en la DA 4ª de la LCSP, la cual ha sido considerada ajustada a la Directiva 2014/24/UE por los órganos de recursos contractuales (cita las Resoluciones 1298/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la 100/2018 del OARC / KEAO).

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, INTEGRA solicita la nulidad de los pliegos porque el contrato limita el alcance de la reserva de su adjudicación a los CEEs de iniciativa social y Empresas de Inserción, dejando fuera de ella a los CEEs de iniciativa empresarial, como es el caso de la recurrente. Esta reserva es claramente ajustada a la DA 4ª de la LCSP; sin embargo, se alega que dicha norma es contraria al Derecho de la UE, por lo que no puede aplicarse para fundamentar la restricción impugnada. A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano al respecto, las cuales reproducirán sustancialmente las ya realizadas a propósito de impugnaciones similares a la ahora analizada (ver, por ejemplo,



sus Resoluciones 100, 129 y 130/2018) y valorarán la repercusión en el debate jurídico de la sentencia del TJUE de 6/10/2021, C-598/19, ECLI:EU:C:2021:810.

a) Sobre la adecuación de la reserva establecida en la DA 4ª de la LCSP al Derecho de la UE

El criterio reiteradamente sostenido por el OARC / KEAO es que la DA 4ª de la LCSP es conforme con el Derecho de la UE y, en particular, con el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, que traspone a nuestro Ordenamiento. Los argumentos en los que se apoya esta posición son, en síntesis, los siguientes:

- 1) Debe descartarse que la incorporación del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE haya sido incorrecta por traspasar los límites del margen de actuación que ampara al estado miembro en esta tarea, sea por no respetar el núcleo necesario del precepto, indisponible por ese margen, o por elaborar una incorporación fraudulenta por contraria a la intención de la Directiva (por ejemplo, mediante su transposición parcial, incompleta o selectiva). En particular, este Órgano estima que la traslación del concepto “operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas” efectuada por la LCSP es plenamente respetuosa con la Directiva. En síntesis, el legislador nacional ha querido que en ese término se incluyan solo los CEEs que se caractericen por:
 - (i) ser promovidos y participados en más de un 50 por ciento por entidades sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos y
 - (ii) obligarse a la reinversión íntegra de sus beneficios en favor de las personas discapacitadas, bien sea en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.



- 2) La incorporación de la Directiva plasmada en la LCSP, ciertamente no la única posible, no es, sin embargo, jurídicamente reprochable. Es difícil negar que el hecho de que una entidad promovida por otras sin ánimo de lucro y que se obliga a reinvertir todos sus beneficios en la finalidad social que le es propia (lo que, en negativo implica, por ejemplo, un compromiso de no repartir dividendos entre los titulares de su capital social) tiene rasgos que la diferencian significativamente de otras que no los cumplen (aunque sean también CEE), lo que justifica el diferente tratamiento legislativo. Tales rasgos son un parámetro perfectamente aceptable para determinar si se satisface o no el requisito de la Directiva de tener como principal objetivo la integración social y profesional.

- 3) El Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE, al justificar la razón de esta reserva de contratos, se refiere expresamente a “empresas sociales”. Este concepto carece en el Derecho de la UE de una definición unívoca que deban respetar en todo caso los Ordenamientos nacionales, por lo que las distintas tradiciones lingüísticas, culturales y jurídicas de los países miembros le han asignado significados diferentes. Así, la Comisión Europea ha propuesto, en el documento “Iniciativa en favor del emprendimiento social” (COM(2011) 682 final), una descripción basada en principios comunes a la mayoría de los Estados miembros, cuya diversidad de opciones políticas, económicas y sociales quiere respetar. Estos principios comunes aluden a los operadores (i) para los cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, lo que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social, (ii) cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social y (iii) cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejo de su misión. Como puede comprobarse, se trata de una definición similar a la que la LCSP hace de los Centros beneficiarios de la reserva debatida.



4) Tampoco puede aceptarse que el argumento de que la reserva en favor de los CEEs de iniciativa social sea contraria a la competencia. Como bien explica el citado Considerando 36, la reserva ya es, de por sí, una discriminación positiva que supone una excepción, justificada por razones sociales, a los principios de igualdad de trato, libre acceso a las licitaciones y libre competencia en los que se basa el Derecho de la UE en materia de contratación pública. A partir de ahí, la trasposición nacional se ha limitado a determinar el ámbito subjetivo de dicha discriminación positiva, y a juicio de este OARC / KEAO, lo hace de modo conforme a la Directiva. Finalmente, debe descartarse que sea aplicable al caso la sentencia del TJUE de 26/1/2021, C-16/19, ECLI:EU:C:2021:64. Esta sentencia se refiere a un caso de discriminación en el empleo de un colectivo de trabajadores discapacitados respecto a otro colectivo distinto de trabajadores discapacitados, tratados de manera dispar por el empresario. Consecuentemente, no tiene relación con un supuesto como el analizado, en el que el recurrente califica como discriminatoria una norma jurídica que trata de forma desigual a dos tipos de entidades.

b) Sobre la sentencia del TJUE de 6/10/2021

El recurrente cita en su apoyo las Conclusiones del Abogado General de 29/4/2021 en el asunto C-598/19, cuyo objeto es una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sobre la adecuación de la DA 4ª de la LCSP al artículo 20 de la Directiva 2014/ 24/UE. Esta cuestión se ha respondido en la sentencia de 6/10/2021 (citada íntegramente más arriba y dictada con posterioridad a la presentación del recurso), cuya parte dispositiva establece lo siguiente:

El artículo 20, apartado 1, de 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro imponga requisitos adicionales a los enunciados en dicha disposición, excluyendo así de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados a determinados operadores



económicos que cumplan los requisitos establecidos en dicha disposición, siempre que dicho Estado miembro respete los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad.

Una vez establecida por el TJUE la adecuación jurídica de que la norma de trasposición incluya criterios adicionales a los previstos en el artículo 20 de la Directiva, aunque supongan la exclusión del ámbito de la reserva de ciertas entidades, la sentencia deja en manos del órgano jurisdiccional remitente el análisis del encaje de los citados criterios en el Tratado de Funcionamiento de la UE. En particular, debe verificarse el respeto a la libre circulación de mercancías, a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, así como a los principios de igualdad de trato y proporcionalidad, los cuales figuran también en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE (apartado 33). Para llevar a cabo esta tarea, el TJUE aporta una serie de consideraciones (apartados 35 a 45). A la vista de todo ello, este Órgano entiende que la exposición del contenido del epígrafe a) anterior satisface las condiciones y límites del análisis encomendado al órgano jurisdiccional nacional y que su conclusión es coherente con la sentencia del TJUE. En particular, se observa lo siguiente:

- 1) Aunque los CEEs de iniciativa empresarial tengan en común con los CEEs de iniciativa social la finalidad de garantizar un empleo remunerado a las personas con discapacidad e incluyan en su plantilla el mismo porcentaje mínimo de estas personas, la diferencia de trato en favor de estos últimos se basa en características que optimizan su valor social y económico para conseguir en mayor grado dicha finalidad (apartado 41). Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE se refiere a operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas, y que los requisitos adicionales establecidos en la LCSP se dirigen precisamente a concretar si dicha integración es efectivamente el objetivo principal de la empresa.



- 2) Actuar con ánimo de lucro, aun siendo un comportamiento legítimo y propio, en principio, de un operador del mercado, puede desplazar a un segundo plano los aspectos sociales que se busca potenciar. De hecho, el fundamento de la reserva del artículo 20 de la Directiva es paliar los efectos perniciosos del funcionamiento normal del mercado y de la libre competencia en las empresas cuyo objetivo principal es el empleo de las personas discapacitadas (ver el Considerando 36 de la Directiva) y no la obtención de beneficios. Por ello, la regulación de la LCSP es correcta porque viene a reforzar la posición de dichas empresas en el mercado.
- 3) Análoga observación se puede hacer respecto de la obligación de reinvertir los beneficios en los objetivos sociales, la cual puede ser contraria a la lógica empresarial común pero contribuye a que el reparto de beneficios entre los propietarios o socios de la empresa no detraiga recursos en perjuicio de dichos objetivos.
- 4) Finalmente, que el operador se rija por principios democráticos y participativos propios de las entidades sin ánimo de lucro o por el interés general que rige la actuación de las entidades públicas permite comprobar que efectivamente persigue el logro de objetivos sociales y que el peso de los propietarios o socios en la toma de decisiones no se basa principalmente en razones de índole empresarial.
- 5) Por las razones expuestas en los epígrafes 1) a 4) anteriores, este Órgano no considera que los requisitos adicionales solicitados por la LCSP vayan más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos pretendidos por el legislador (apartado 44 de la sentencia). Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE busca privilegiar el acceso a la compra pública de operadores que, de otro modo, tendrían dificultades para compatibilizar su supervivencia en el libre mercado con su finalidad social, hasta el punto de que podrían llegar a tener que sacrificar esta última en favor de dicha supervivencia. Los requisitos



adicionales de la DA 4ª de la LCSP han acentuado las características de organización y gestión que mejor contribuyen a este objetivo social, a pesar de que las mismas características pueden entorpecer su actividad en el mercado. Consecuentemente, es proporcionado y no excede de lo necesario para obtener el objetivo buscado que la reserva prevista en la Directiva se restrinja a quienes ostentan las citadas características.

c) Conclusiones

Lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores supone la desestimación del motivo principal del recurso. Dado que la desestimación implica que el recurrente no puede ser adjudicatario del contrato impugnado, no es preciso analizar la alegación sobre la garantía definitiva porque en nada afectaría a sus intereses legítimos la Resolución que al respecto dictara este Órgano.

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

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por INTEGRAMANTENIMIENTO GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS, CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L. contra los pliegos del contrato “Servicio de limpieza de la Casa Astola y de las instalaciones deportivas, reservado a Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social”, tramitado por la Mancomunidad de la Merindad de Durango.



SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko urtarrilaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de enero de 2022