



EB 2021/131

Resolución 172/2021, de 29 de octubre, 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 la mercantil INTEGRA MANTENIMIENTO GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza de las dependencias y espacios del Amaia KZ, 2021-2023”, tramitado por el Ayuntamiento de Irún.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 15 de julio de 2021 se ha presentado 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 la mercantil INTEGRA MANTENIMIENTO GESTION Y SERVICIOS INTEGRADOS, CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO S.L. (en adelante, INTEGRA) frente a su exclusión del contrato de “Servicio de limpieza de las dependencias y espacios del Amaia KZ, 2021-2023”, tramitado por el Ayuntamiento de Irún.

SEGUNDO: El 15 de julio este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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 19 de julio.



Nahi izanez gero, J0D0Z-T35GX-VMF8 bilagailua erabiltzaileak, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoko honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T35GX-VMF8 en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 21 de julio, se han recibido alegaciones de la empresa GUREAK, S.L. (en adelante, GUREAK), el día 27 del mismo mes.

CUARTO: Con fecha 29 de julio de 2021, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 027/2021, acordando la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.P.M. que actúa en su nombre.

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 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso “Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.



CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

La recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

- a) Ni en el anuncio ni en los pliegos se hace mención al requisito de que los Centros Especiales de Empleo (CEE) tengan que ser de “iniciativa social” para poder participar en la licitación y, por ende, resultar adjudicatarios de la misma. Por ello, la recurrente posee la plena capacidad y solvencia para la ejecución del presente contrato.
- b) La actuación de la Mesa de Contratación de exigir el mismo día del trámite del artículo 150.2 de la LCSP, además de la documentación justificativa de la solvencia técnica, la relativa a la condición de CEE de iniciativa social supone una modificación sustancial de lo establecido en los pliegos, la cual únicamente puede realizarse siguiendo el correspondiente procedimiento de conformidad con lo establecido en la LCSP. Por ello, no resulta conforme a derecho la exigencia de una cualidad no prevista en los pliegos, ya que éstos son firmes y vinculan tanto al poder adjudicador como a los licitadores.



c) La recurrente cuestiona el hecho de que del requerimiento para la justificación de la condición de CEE de iniciativa social se desprenda que el órgano de contratación ha pretendido configurar la licitación en base a una restrictiva interpretación de la reserva de contratos de la Disposición Adicional 4ª de la LCSP en favor únicamente de los de iniciativa social e impidiendo su participación a los de iniciativa empresarial e, incluso, a las empresas de inserción.

d) Con relación a lo anterior, el requisito adicional de “iniciativa social” establecido en la DA 4ª de la LCSP no se encuentra proporcionado a ningún fin legítimo, tal y como se puede deducir de las conclusiones del Abogado general del TJUE en el procedimiento de resolución de la cuestión prejudicial planteada por el TSJPV en el procedimiento ordinario 626/2018, que considera que pudiendo el legislador nacional exigir requisitos adicionales a los establecidos en el artículo 20 de la Directiva 2014/24, que tienen la consideración de mínimos, no puede exigir el de la “iniciativa social”, por poder suponer una infracción de lo dispuesto en el artículo 18 de la Directiva y demás disposiciones o principios del derecho de la Unión en materia de contratación pública.

e) La reserva de contratos de la D.A. 4ª de la LCSP provoca un daño directo a la libre competencia, interdicción de la no discriminación y facilita el fraude en la contratación del sector público, tal y como se desprende de las conclusiones del Abogado General, el informe de la Autoridad Catalana de la Competencia (211/2020) y el Informe de la Comisión Gallega de la Competencia (FC 3/2020).

f) Finalmente, se solicita la anulación del acuerdo de exclusión y la eliminación de la cualificación de “iniciativa social” para permitir que puedan licitar tanto los CEE de iniciativa social como las de iniciativa empresarial.

SÉPTIMO: Alegaciones de GUREAK

El adjudicatario alega, en síntesis, lo siguiente:



- a) Tanto en el anuncio de licitación como en la memoria de contratación y en el pliego se indica que se trata de un contrato reservado. A la vista del objeto del contrato y los destinatarios del mismo la norma jurídica de aplicación es la Disposición Adicional 4ª de la LCSP.
- b) El recurrente no cuestiona el carácter reservado de la licitación y, en esencia, su pretensión se centra en el rechazo a la reserva de contratos prevista en la D.A. 4ª en lo que se refiere a la exigencia de la cualificación de “iniciativa social”. Sin embargo, a la vista de las resoluciones de los Tribunales y Órganos de recursos contractuales resulta pacífico que la reserva de contratos que ampara la LCSP, en lo que al presente supuesto se refiere, es únicamente en favor de los CEE de iniciativa social o de empresas de inserción, sin que ello suponga la vulneración de los principios de igualdad, no discriminación y de la libertad de competencia.
- c) Ostentar la condición de CEE de iniciativa social es una condición legal de aptitud y no un requisito de solvencia, por lo que no acreditar tal condición supone ineludiblemente la exclusión del procedimiento. En este sentido, la exclusión determinada por la Mesa de Contratación es ajustada a derecho y al mandato legal de la D.A. 4ª de la LCSP, pues INTEGRRA tiene la condición de Centro Especial de Empleo de iniciativa empresarial.
- d) El órgano de contratación no ha exigido ningún requisito adicional no previsto inicialmente, pues, siendo el régimen jurídico del contrato claro (contrato reservado a CEE y empresas de inserción de iniciativa social), simplemente se ha limitado a verificar que la propuesta como adjudicataria disponía de la condición de CEE de iniciativa social. La recurrente es perfecta conocedora de la doctrina de los órganos de recursos contractuales en relación con los destinatarios de la reserva de contratos de la Disposición adicional cuarta de la LCSP y, por ello, lo que subyace como cuestión de fondo es el cuestionamiento de la propia Disposición adicional, ya que le impide acceder a este tipo de



licitaciones reservadas, y que deberá ser resuelta en los órganos jurisdiccionales competentes, no a través del presente recurso.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con las siguientes razones:

- a) La recurrente contestó afirmativamente en el DEUC (en el apartado denominado únicamente en caso de contratación reservada) a la pregunta si era un taller protegido o una empresa social, por lo que fue admitida a la licitación. Tras el correspondiente procedimiento licitatorio, INTEGRA fue propuesta adjudicataria, por lo que fue requerida para acreditar su solvencia técnica; asimismo, y ante el escrito de la otra licitadora que a modo preventivo recordaba al órgano de contratación lo dispuesto en la DA 4ª, se requirió a la adjudicataria para que acreditase su condición de CEE de iniciativa social.
- b) Los pliegos rectores del presente contrato lo han definido como un contrato reservado a centro especial de empleo y sometido a la LCSP. Así, y de acuerdo con la normativa de contratos vigente, no existe en España la posibilidad de reservar contratos a centros especiales de empleo que no cumplan el requisito de ser de iniciativa social. Por ello, debe rechazarse la alegación de que la Mesa ha introducido un requisito adicional no previsto en los pliegos, pues dicha condición es una exigencia de la Ley.
- c) Es obligación de la Mesa despejar cualquier incógnita sobre la capacidad de las empresas ofertantes para concurrir a la licitación y por ello se requirió a INTEGRA la acreditación del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social. De no haberlo hecho, el órgano de contratación podría haber dictado un acto de adjudicación viciado de nulidad de pleno derecho.



NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurso plantea fundamentalmente un único motivo consistente en afirmar que ni en el anuncio ni en los pliegos rectores se especificaba la necesidad de que los Centros Especiales de Empleo a los que se reservaba el contrato hubieran de ser de “iniciativa social”, de modo que la recurrente, siendo un CEE de “iniciativa empresarial” podría ser adjudicatario del contrato y, por ello, su exclusión no se ajusta a derecho. A juicio de este Órgano el motivo y, por ende, el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) Debe comenzarse por establecer el régimen jurídico de aplicación al presente contrato que, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 1ª del PCAP, se regirá por los propios pliegos, diversas disposiciones normativas de carácter local y, obviamente, por la LCSP. En lo que al presente recurso atañe, debe señalarse que consta en la documentación contractual que nos encontramos ante un “contrato reservado” (anuncio de licitación y apartado F) de la Memoria-propuesta de contratación) para “Centros Especiales de Empleo” (cláusula 9ª del PCAP y en el Título del PPT) y, no siendo el objeto del contrato encuadrable entre los establecidos en la Disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP, al presente contrato reservado debe aplicarse lo establecido en los artículos 65.1, 99.4, 132.1 conjuntamente con lo preceptuado en la Disposición adicional cuarta, todos ellos de la LCSP.
- 2) Como ha manifestado este OARC / KEAO con anterioridad, la finalidad de la reserva de determinados contratos para las entidades recogidas en la DA 4ª de la LCSP es fomentar el empleo y la ocupación como medios de integración en la sociedad de personas discapacitadas o desfavorecidas (ver el Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE) (ver, por todas, la Resolución 129/2019) y para su consecución el legislador nacional ha querido que, en lo referente a centros especiales de empleo, la reserva beneficie únicamente a los 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 (DA 4ª en relación con la Disposición final decimocuarta de la LCSP). Esto es, la propia LCSP impone al centro especial de empleo que pretende obtener un contrato reservado determinados requisitos relativos a su organización y destino de sus beneficios que constituyen, conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 65.1 de la LCSP, un requisito de aptitud necesario para contratar con el sector público. La consecuencia que se desprende de ello es que resulta irrelevante su no mención expresa en la información contractual porque es una exigencia que se deriva directamente de la calificación de reservado del contrato. Así, por ejemplo, cabe recordar que este Órgano ha manifestado (ver la Resolución 129/2019) que no cabe la subcontratación de prestaciones parciales de un contrato reservado con operadores económicos diferentes a los que pueden ser beneficiarios de la reserva, aunque la LCSP no contenga una prohibición expresa en tal sentido, porque ello supondría desvirtuar el objetivo de la DA 4ª si, de hecho, una parte o la totalidad de la prestación y, consecuentemente, del volumen económico y de empleo generado del contrato aprovechara a operadores económicos diferentes de las beneficiarias de la reserva que en ningún caso podrían haber sido adjudicatarias.

- 3) Por otra parte, la recurrente cuestiona en el presente recurso la propia legalidad del Disposición adicional cuarta de la LCSP, en cuanto a su acomodo a la Directiva 2014/24/UE. Este órgano ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre dicha circunstancia (ver, por ejemplo, la resolución 129/2019 y la que en ellas se citan) considerando que la misma no conculca los principios de igualdad, no discriminación y de libre competencia. En el mismo sentido se pronuncia la reciente Sentencia del TJUE de 6/10/2021, C-598/19, ECLI:EU:C:2021:810, cuestión prejudicial,



por cierto, a la que INTEGRA hace constante referencia lo largo de su recurso.

- 4) Sentado todo lo anterior, debe señalarse que es función inexcusable de la Mesa de Contratación la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de aptitud para optar a la adjudicación, así como acordar la exclusión de los licitadores que no lo acrediten (artículo 326.2 a) de la LCSP). Por ello, el artículo 140.3 de la misma Ley le permite solicitar, en cualquier momento, pero siempre antes de adjudicar el contrato, a los licitadores la documentación justificativa de, como en este caso, la vigencia o fiabilidad de la declaración previa o DEUC efectuada por la recurrente. En efecto, la Mesa procedió a requerir a INTEGRA la acreditación de ser un CEE de iniciativa social en la misma fecha en la que se le requirió justificar la solvencia técnica, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 150.2 de la LCSP.
- 5) Una vez constatado por la Mesa que la propuesta como adjudicataria, hoy recurrente, no acreditó la condición exigida por la DA 4ª procedió a su exclusión. Dicha exclusión resultaba ineludible y, por tanto, plenamente ajustada a derecho, por cuanto que el carácter de CEE de iniciativa social es una condición legal de aptitud, de forma que las entidades del sector público no pueden contratar con quienes no pueden ser beneficiarias de un contrato reservado. Es por ello, que no cabe aceptar la alegación de la recurrente sobre que el requerimiento de acreditación de dicha condición supuso una modificación sobrevenida e ilegal de los pliegos, pues por todo lo expuesto a lo largo de esta resolución queda meridianamente claro que nos encontramos ante un requisito *ex lege* que el poder adjudicador debe verificar y, desde luego, hacer cumplir.
- 6) En definitiva, a juicio de este OARC/KEAO la referencia en los pliegos a los CEE solo puede ser dirigida necesaria y exclusivamente a los de “iniciativa social” como se deriva de las disposiciones de la LCSP en las



que se ampara la reserva del contrato, por lo que, no siendo posible que la recurrente pudiera llegar a ser la adjudicataria del contrato por falta de capacidad legal, su exclusión, además de inevitable, resultaba obligada.

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 interpuesto por la mercantil INTEGRA MANTENIMIENTO GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza de las dependencias y espacios del Amaia KZ, 2021-2023”, tramitado por el Ayuntamiento de Irún.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTA: 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, 2021eko urriaren 29a

Vitoria-Gasteiz, 29 de octubre de 2021