

Informe 19/2018, de 17 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Reserva de contratos o lotes concretos en ausencia de acuerdo previo de fijación de porcentaje mínimo de reserva.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Calatayud se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante oficio, de fecha 20 de junio de 2018 del siguiente tenor literal:

«Asunto: **Emisión informe contratos reservados a Centros Especiales de Empleo.**

Con fecha 19.04.18, la Secretaría de este Ayuntamiento emitió, a petición del Concejal de Aragón Si Puede, informe, en cuyo apartado segundo analiza la reserva de lotes para Centros Especiales de Empleo, contenida en la DA 5ª del derogado TR de la LCSP, aprobado por RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre, entendiéndose que dicha reserva estaba sujeta, entre otros, al requisito de la adopción de un acuerdo previo

La vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, recoge y amplía la regulación de los contratos reservados a Centros Especiales de Empleo en su DA 4ª, exigiendo literalmente la adopción de un acuerdo expreso para fijar *“los 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”*.

Con fecha 31.05.18, se ha recibido el informe del Centro Especial de Empleo ADIBIL que se adjunta, en el que se concluye que la reserva del derecho a participar de los Centros Especiales de Empleo es anterior a la adopción del acuerdo previo sobre porcentaje mínimo sin que en ningún caso su aplicación pueda supeditarse a la adopción de dicho acuerdo.

Ante la existencia de dos versiones contradictorias sobre el mismo asunto, y al amparo de lo dispuesto en los arts. 6g) y 8 del Decreto

81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón se **SOLICITA de la JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA** la emisión de un **INFORME** acerca de la exigencia o no, como requisito para el establecimiento de un porcentaje mínimo 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 un acuerdo expreso previo» (cursivas, negritas y subrayados en el original).

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 17 de julio de 2018, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación activa del solicitante.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

La solicitud de informe requiere de esta Junta, de forma explícita, informe acerca de “la exigencia o no, como requisito para el establecimiento de un porcentaje mínimo 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 un acuerdo expreso previo”.

El Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Calatayud es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, g) del citado Decreto 81/2006.

II. Cuestiones consultadas y contenido de presente informe

La entidad que formula la consulta la plantea de forma explícita en los términos anteriormente transcritos. Sin embargo, aun cuando inicialmente los términos de la consulta pudieran resultar claros, lo cierto es que resulta conveniente concretar y aclarar su contenido, máxime atendiendo al documento dirigido al sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Calatayud por Adibil, CEE SLU, que se adjunta a la consulta elevada a esta Junta, todo ello sin perjuicio de que nuestro pronunciamiento revista los caracteres de generalidad propios de su función consultiva.

Consecuentemente, atendida la consulta y el citado documento, la cuestión planteada debe concretarse en el análisis de la posibilidad de que los órganos de contratación puedan acordar la reserva de concretos contratos o lotes en ausencia de acuerdo genérico de fijación del porcentaje mínimo de reserva previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

III. Reserva genérica y específica de contratos o lotes por la administración de la Comunidad Autónoma y sus organismos públicos

Esta Junta tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el régimen jurídico de las reservas de contratos, con anterioridad a las directivas de 2014 y a la LCSP en sus Informes 16/2010, de 1 de diciembre, 4/2011, de 19 de enero, y 16/2011, de 8 de junio. Así, en el primero, tras analizar su encaje en la Directiva 2004/18/CE y en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, concluimos afirmando que “la posibilidad de excluir de la libre competencia determinados contratos públicos por causas sociales, supone una excepción a la apertura al libre mercado de la contratación pública reservado a los Estados miembros, que deben necesariamente realizarse por norma con rango de ley”, así como que “la Comunidad Autónoma de Aragón tiene competencia para regular tal reserva, siguiendo el modelo de otras Comunidades Autónomas”.

El artículo 7 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante Ley 3/2011) estableció en el contexto señalado, como desarrollo de las Directivas, según afirmamos en nuestro informe 4/2011, el régimen jurídico de las “reservas sociales de contratos” para la administración de la Comunidad Autónoma y sus organismos públicos, un régimen que no se declaró aplicable a las entidades locales conforme a la disposición adicional octava de la propia Ley 3/2011. En su versión inicial, vigente hasta la reforma realizada mediante el artículo 31.uno de la Ley 2/2016, de 28 de enero, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, establecía dicho artículo lo siguiente:

“Artículo 7. Reservas sociales de contratos

1. La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus organismos públicos deberán reservar la participación en los correspondientes procedimientos de adjudicación de contratos de servicios, suministros y gestión de servicios públicos a centros especiales de empleo, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales, y a empresas de inserción, así como reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, en los términos establecidos en este artículo. En el caso de reservas de ejecución en el marco de programas de empleo protegido, dichas reservas se podrán efectuar igualmente en contratos de obras.

En todo caso, será necesario que las prestaciones se adecuen a las peculiaridades de tales entidades.

Los órganos de contratación podrán, en el ámbito de sectores objeto de contratación centralizada, contratar al margen de la misma si optan por reservar el contrato, siempre que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del correspondiente procedimiento de contratación centralizada hayan previsto esta excepción.

2. La reserva podrá afectar al objeto íntegro del contrato o solo a uno o varios de los lotes del mismo.

3. Las entidades a las que se refiere el apartado 1 que quieran ser contratadas en cumplimiento de las medidas reguladas por este artículo deberán inscribirse previamente en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón.

4. La reserva a centros especiales de empleo o para la ejecución en el marco de programas de empleo protegido podrá aplicarse a contratos de cualquier cuantía.

En el caso de las empresas de inserción, la reserva únicamente se efectuará sobre contratos no sujetos a regulación armonizada, exceptuando los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de cuantía superior a 193.000 euros o a la que resulte de aplicación por la normativa comunitaria.

5. Anualmente, la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma fijará los porcentajes mínimo y máximo del importe de estas reservas sociales a aplicar sobre el importe total anual de su contratación de suministros y servicios precisos para su funcionamiento ordinario realizada en el último ejercicio cerrado. Estos porcentajes podrán fijarse de

manera diferenciada en función de los órganos de contratación o sectores materiales afectados.

A los efectos de elaborar el anteproyecto de Ley de Presupuestos, el Departamento competente en materia de inserción laboral de los colectivos beneficiarios de la reserva, previa consulta con las asociaciones empresariales representativas de dichos sectores, presentará al Departamento competente en materia de Economía la cifra de negocios correspondiente al año anterior de los distintos sectores empresariales beneficiarios de la reserva.

6. La concreción de los ámbitos, departamentos, organismos o contratos sobre los que se materializarán estas reservas se realizará mediante Acuerdo del Gobierno de Aragón, a propuesta conjunta del Departamento de Presidencia y del Departamento competente en materia de Economía.

7. En los anuncios de licitación correspondientes deberá hacerse referencia a la presente disposición.

8. Cuando, tras haberse seguido un procedimiento de un contrato reservado, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, se podrá licitar de nuevo el contrato sin efectuar la reserva inicialmente prevista, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. No obstante, el importe de dicho contrato computará a efectos de integrar los porcentajes mínimo y máximo citados en el apartado 5”.

Ya tras la reforma operada por la citada Ley 2/2016, vigentes las nuevas Directivas de 2014 y pendiente aún si incorporación a nuestro ordenamiento, que tuvo lugar en parte mediante la LCSP, dicho precepto quedó redactado del siguiente modo:

“Artículo 7. Reservas sociales de contratos

1. La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus organismos públicos deberán reservar la participación en los correspondientes procedimientos de adjudicación de contratos de servicios, suministros y gestión de servicios públicos a centros especiales de empleo cuando al menos el 30 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales, y a empresas de inserción, así como reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, en los términos establecidos en este artículo. En el caso de reservas de ejecución en el marco de programas de empleo protegido, dichas reservas se podrán efectuar igualmente en contratos de obras.

En todo caso, será necesario que las prestaciones se adecuen a las peculiaridades de tales entidades.

Los órganos de contratación podrán, en el ámbito de sectores objeto de contratación centralizada, contratar al margen de la misma si optan por reservar el contrato, siempre que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del correspondiente procedimiento de contratación centralizada hayan previsto esta excepción.

2. La reserva podrá afectar al objeto íntegro del contrato o solo a uno o varios de los lotes del mismo.

3. Las entidades a las que se refiere el apartado 1 que quieran ser contratadas en cumplimiento de las medidas reguladas por este artículo deberán inscribirse previamente en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón.

4. La reserva a centros especiales de empleo o para la ejecución en el marco de programas de empleo protegido podrá aplicarse a contratos de cualquier cuantía.

En el caso de las empresas de inserción, la reserva únicamente se efectuará sobre contratos no sujetos a regulación armonizada, exceptuando los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de cuantía superior a 193.000 euros o a la que resulte de aplicación por la normativa comunitaria.

5. Anualmente, la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma fijará el porcentaje mínimo del importe de estas reservas sociales a aplicar sobre el importe total anual de su contratación de suministros y servicios precisos para su funcionamiento ordinario realizada en el último ejercicio cerrado. Este porcentaje podrá fijarse de manera diferenciada en función de los órganos de contratación o sectores materiales afectados.

A los efectos de elaborar el anteproyecto de Ley de Presupuestos, el Departamento competente en materia de inserción laboral de los colectivos beneficiarios de la reserva, previa consulta con las asociaciones empresariales representativas de dichos sectores, presentará al Departamento competente en materia de contratación pública la cifra de negocios correspondiente al año anterior de los distintos sectores empresariales beneficiarios de la reserva.

6. Sin perjuicio de otras reservas que puedan llevar a cabo los órganos de contratación definidos en la disposición adicional segunda de esta ley, la concreción de los ámbitos, departamentos, organismos o contratos sobre los que se materializarán estas reservas se realizará mediante acuerdo del Gobierno de Aragón, a propuesta conjunta del Departamento de Presidencia y del Departamento competente en materia de contratación pública.

7. En los anuncios de licitación correspondientes deberá hacerse referencia a la presente disposición.

8. Cuando, tras haberse seguido un procedimiento de un contrato reservado, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, se podrá licitar de nuevo el contrato sin efectuar la reserva inicialmente prevista, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. No obstante, el importe de dicho contrato computará a efectos de integrar los porcentajes mínimo y máximo citados en el apartado 5” (cursiva nuestra, resaltando las modificaciones introducidas).

Conforme a lo establecido en el apartado sexto del artículo 7 de la Ley 3/2011 resulta evidente que, en lo que respecta a la administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus organismos públicos, nada impide que, sin perjuicio del acuerdo que debe adoptar el Gobierno de Aragón para la concreción de los ámbitos, departamentos, organismos o contratos sobre los que habrán de materializarse las reservas, puedan llevarse a cabo otras reservas por los órganos de contratación. Tales reservas podrán ser anteriores o posteriores a dicho acuerdo del Gobierno de Aragón, puesto que no sólo el precepto citado no distingue a este respecto, sino que prevé que el acuerdo general del Gobierno se realizará “sin perjuicio” de que se acuerden esas otras reservas puntuales.

En sede autonómica, por tanto, ninguna duda cabe de la posibilidad de que los órganos de contratación, al aprobar el expediente, acuerden específicamente reservar contratos o lotes se haya adoptado o no el acuerdo genérico de reserva por el Gobierno.

Sin embargo, el régimen expuesto no es aplicable a las entidades locales aragonesas, al resultar excluido el artículo 7 de la Ley 3/2011 de los que la disposición adicional octava de la misma Ley declara de aplicación a las mismas. Es preciso, por ello, analizar el régimen aplicable a estas entidades conforme a lo establecido en su legislación específica.

IV. Reserva genérica y específica de contratos o lotes por las entidades locales aragonesas

Las reservas de contratos o lotes a Centros Especiales de Empleo por las entidades locales aragonesas se rigen directamente por lo establecido en la normativa europea y estatal. En este sentido, el artículo 20 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, por las razones expresadas en su considerando 36, establece lo siguiente:

“Artículo 20. Contratos reservados

1. Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos.

2. La convocatoria de licitación deberá hacer referencia al presente artículo”.

Nótese que la Directiva 2014/24/UE, coherentemente con su naturaleza y régimen jurídico, establece una habilitación genérica de reserva que los Estados miembros están llamados a regular identificando las características definitorias de los beneficiarios de la reserva e imponiendo el momento en el que en todo caso deberá hacerse esta pública, que será la convocatoria de licitación. A partir de ahí la mayor o menor densidad regulatoria, la complejidad

o simplicidad del procedimiento para hacer efectiva la reserva dependerá de los Estados miembros.

Sobre tal base, la posibilidad de reserva de contratos o lotes a favor de Centros Especiales de Empleo o empresas de inserción prevista en la Directiva la hace suya el artículo 99.4 de la LCSP, básico, al establecer en su último párrafo la siguiente habilitación al órgano de contratación:

“Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta. Igualmente se podrán reservar lotes a favor de las entidades a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, en las condiciones establecidas en la citada disposición.

Nótese que la decisión de reservar concretos contratos o lotes, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, corresponde al órgano de contratación, a cualquier órgano de contratación. Pero el citado artículo 99.4 de la LCSP impone también que la decisión de reserva se adopte “de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta” de la propia LCSP, que prevé lo siguiente:

“Disposición adicional cuarta. Contratos reservados.

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”.

Pues bien, el objetivo esencial de esta disposición adicional, a juicio de esta Junta, es garantizar la existencia de un porcentaje mínimo de reserva de contratos o lotes a favor de las entidades antes referidas. El hecho de que la citada disposición adicional cuarta establezca la obligación de reserva con carácter de mínimo garantizado y, por tanto, mejorable por los órganos de contratación, por un lado, así como la circunstancia de que el ámbito subjetivo del artículo 99.4 de la LCSP, que comprende cualesquiera órganos de contratación, resulte más amplio que el de los órganos de contratación destinatarios del acuerdo previsto en la disposición adicional cuarta de la misma Ley, pone claramente de manifiesto que la posibilidad de reservar contratos o lotes específicos a la que se refiere el artículo 99.4 de la LCSP no se ve condicionada restrictivamente por la remisión a la disposición adicional cuarta. Tanto objetiva como subjetivamente el ámbito del artículo 99.4 de la LCSP desborda el de la disposición adicional a la que remite.

En todo caso, la concepción del acuerdo genérico de reserva como garantía de mínimos impuesta a determinados órganos de contratación explica que los llamados a adoptarlo sean los máximos órganos de gobierno del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, con competencia general en sus respectivas administraciones, a imponer su criterio a todos los órganos de contratación existentes bajo su autoridad para imponerles la obligación de reservar fijando las condiciones mínimas para garantizar su cumplimiento. De este modo, en esas condiciones los órganos de contratación habilitados para reservar en el artículo 99.4 de la LCSP deberán realizar la reserva por imponerlo así el acuerdo genéricamente adoptado por el Consejo de Ministros o el máximo órgano ejecutivo autonómico o local.

Resultaría del todo contradictorio que, siendo objetivo esencial de esta disposición adicional garantizar un mínimo de reservas de contratos o lotes, la omisión o emisión de este acuerdo genérico, que no deriva de la normativa europea, además, impidiese a los órganos de contratación realizar reservas de concretos contratos o lotes. Y es que, como demuestra el hecho de que la propia Directiva 2014/24/UE exija que en la convocatoria de la licitación de contratos reservados o con lotes objeto de reserva se haga referencia específica a su artículo 20 (y en el apartado segundo de la disposición adicional cuarta de la LCSP), siendo los órganos de contratación los llamados a reservar, no parece razonable que lo que inicialmente se concibe como garantía, como estímulo, para alcanzar umbrales relevantes de contratos o lotes reservados, se convierta en barrera infranqueable para los órganos de contratación que deseen reservar.

Consecuentemente, cabe afirmar que, aun cuando las entidades locales aragonesas han de regirse por lo establecido en la normativa europea y estatal, en ausencia de normativa aragonesa específica, también conforme a esta normativa se alcanzan las mismas respuestas a la cuestión planteada por la entidad consultante. Así, ninguna duda cabe de la posibilidad de que los órganos de contratación de las entidades locales acuerden específicamente, al aprobar el expediente, reservar contratos o lotes aun se haya adoptado o no el acuerdo genérico de reserva por el órgano local competente.

III. CONCLUSIONES.

Los órganos de contratación de las entidades locales pueden acordar específicamente reservar contratos o lotes independientemente de que se haya adoptado o no el acuerdo genérico de reserva por el órgano local competente.

**Informe 19/2018, de 17 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación
Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**