

Barcelona, 3 d'octubre de 2018

Resolució núm.: 198/2018 (recurs N-2018-237)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat pel senyor A.L.G.O, en nom i representació de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO, contra el plec de clàusules administratives particulars del procediment de licitació del contracte de serveis, amb caràcter servat a centres especials d'iniciativa social, del servei de cuina en modalitat de càtering a les llars d'infants municipals "La Pau" i "El Niu", licitat per l'Ajuntament de Tàrraga (expedient 001/2018/3356/I264), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 19 de juliol de 2018, la licitació es va publicar en el perfil de contractant de Barcelona ACTIVA SAU SPM, inserit en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, a través del qual es van posar a disposició dels interessats els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT), entre altres documents contractuals.

Es va fixar el valor estimat de contracte en 137.600 euros.

La clàusula primera del PCAP estableix:

Primera. Objecte del contracte

1.1 L'objecte del contracte és la prestació dels serveis que es descriuen en l'apartat A del quadre de característiques.

1.2 En aquest expedient no procedeix la divisió en lots tal i com s'ha justificat a l'informe jurídic emès en el present expedient de licitació, de conformitat amb l'article 99.3.b) de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP).

1.3 L'expressió de la codificació corresponent a la nomenclatura del Vocabulari Comú de Contractes (CPV) és la que consta en l'apartat A del quadre de característiques.

En l'apartat A del quadre de característiques del contracte inclòs en el PCAP es disposa, entre altres extrems:

Centres Especials de Treball d'Iniciativa Social: Aquest contracte està reservat als Centres Especials de Treball d'Iniciativa social, de conformitat amb al Disposició Addicional Quarta en relació a la Disposició Final Catorzena de la LCSP i amb el RDL 1/2003, de 29 de novembre de 2013, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei general de dret de les persones mab discapacitat i de la seva inclusió social.

Així mateix, es preveu en el PCAP (clàusula novena), entre d'altres extrems, que:

Novena. Aptitud per contractar

9.1 Estan facultades per participar en aquesta licitació i subscriure, si escau, el contracte corresponent les persones naturals o jurídiques, espanyoles o estrangeres, que reuneixin les condicions següents:

1. Tenir personalitat jurídica i plena capacitat d'obrar, d'acord amb el que preveu l'article 65 de la LCSP.
2. No estar incurses en alguna de les circumstàncies de prohibició de contractar recollides en l'article 71 de la LCSP, la qual cosa poden acreditar per qualsevol dels mitjans establerts en l'article 85 de la LCSP.
3. Que tinguin la condició de Centres Especials de Treball i d'Iniciativa Social, en els termes previstos a l'article 43 del RDL 1/2003, de 29 de novembre de 2013.
4. Que estiguin inscrites al Registre Sanitari d'Indústries i Productes Alimentaris de Catalunya (RSIPAC), concretament a la clau 26 relativa a "menjars preparats" i en concret per a l'activitat 26010200 Fabricació o elaboració o transformació de menjars preparats per a col·lectivitats.
5. Acreditar la solvència requerida, en els termes establerts en la clàusula desena d'aquest plec.
6. Estar donades d'alta a l'epígraf corresponent de l'IAE, si s'escau.
7. Que estiguin al corrent de les obligacions tributàries amb l'Estat i la Generalitat de Catalunya, així com amb les de la Seguretat Social.
8. Que el contractista s'obligui a contractar o disposi del personal necessari per a executar el servei.
9. Disposar, o compromís de concertar, cas de resultar adjudicatari, una pòlissa de responsabilitat civil que cobreixi la responsabilitat dels riscos (danys i perjudicis directes o indirectes) ocasionats pel desenvolupament de l'activitat, per un valor mínim de 300.000 euros.

Les circumstàncies relatives a la capacitat, solvència i absència de prohibicions de contractar han de concórrer en la data final de presentació d'ofertes i subsistir en el moment de perfecció del contracte.

En el mateix sentit, la clàusula setzena del mateix PCAP disposa:

Setzena. Garantia definitiva

De conformitat amb la Disposició Addicional Quarta apartat tercer en relació a l'article 107 de la LCSP, no procedeix exigir garantia definitiva als procediments de contractació en els quals s'apliqui la reserva a Centres Especials de Treball d'Iniciativa Social.

SEGON. En data 9 d'agost de 2018, la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (en endavant, CONACEE o la recurrent) va presentar davant d'aquest Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (en endavant, el Tribunal) recurs especial en matèria de contractació contra el PCAP de la licitació, i que, en síntesi, es fonamenta en la pretesa vulneració de l'ordenament de la Unió Europea en imposar una condició als centres especials de treball (en endavant, CET) -la de ser entitats sense ànim de lucre- que no es troba en la Directiva que fonamenta la reserva de contractes a aquests centres i als tallers protegits. Així mateix, s'al·lega el dany a la lliure concurrència, la discriminació que s'ocasiona, i el dany a les possibilitats d'integració laboral de col·lectius amb risc d'exclusió.

Per tot això, la recurrent sol·licita l'estimació del recurs amb l'eliminació de la previsió "iniciativa social" de la referència als CET inclosa en la pròpia denominació del contracte, clàusula 1 i clàusules 9 i 16, així com de la resta de referències derivades a les que sigui d'aplicació la restricció "iniciativa social" contemplada pel plec i les manifestacions que es fan en aquest sentit en el PPT.

Igualment, manifesta el seu interès per a què el Tribunal presenti qüestió prejudicial prevista per l'article 267 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE) sobre la base de la competència del Tribunal a aquests efectes, amb menció de la Sentència de 6 d'octubre de 2015 dictada en l'assumpte del Consorci Sanitari del Maresme, i per considerar, en síntesi, que la disposició addicional quarta de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP) contravé el que preveu l'article 20 de la Directiva 2014/24/UE.

Se sol·licita també l'adopció de la mesura provisional consistent a suspendre el procediment de contractació durant la tramitació d'aquest recurs.

Posteriorment, en data 23 d'agost de 2018, la recurrent va fer arribar per correu electrònic convencional a la bústia d'aquest Tribunal, un escrit que, amb referència explícita al recurs anteriorment presentat, té per objecte efectuar al·legacions complementàries.

TERCER. En data 13 d'agost de 2018, la Secretaria Tècnica del Tribunal va notificar a l'òrgan de contractació, amb remissió de còpia del recurs interposat, i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb els articles 56.2 de la LCSP, 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant, RD 814/2015).

En data 20 de setembre de 2018 va tenir entrada en el Tribunal l'expedient de contractació, així com l'informe de l'òrgan de contractació relatiu al recurs.

QUART. El procediment de contractació resta suspès pel Tribunal, d'acord amb el previst als articles 49 i 56.3 de la LCSP i 25.1 del RD 814/2015, per mitjà de la Resolució S-51/2018, de 20 de setembre.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per pronunciar-se sobre el recurs especial en matèria de contractació presentat, d'acord amb l'article 46.2 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013.

SEGON. El contracte de serveis de referència és, atès el seu valor estimat, susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1.a) de la LCSP.

TERCER. El recurs es dirigeix contra el plec de clàusules administratives particulars de la contractació, que és un acte expressament previst per l'article 44.2.a) de la LCSP com susceptible del recurs especial en matèria de contractació.

QUART. El recurs també s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP i, addicionalment, atenent el seu caràcter associatiu, la CONACEE ha aportat, juntament amb els seus estatuts reguladors, un certificat acreditatiu de l'acord del seu òrgan de govern favorable a la interposició del recurs, a efectes de l'anàlisi de la legitimació d'aquesta associació, d'acord amb la doctrina que resulta d'aplicació (per totes, resolucions d'aquest Tribunal 59/2018, 40/2018, 13/2018, 163/2017, 142/2017, 124/2017, 194/2016, 61/2016 i 80/2015, en consonància amb la resta de tribunals de recursos contractuals i la jurisprudència del Tribunal Suprem reflectida, també, per totes, en sentències de 9 de maig de 2011, 5 de maig de 2010 i 5 de novembre de 2008).

És per això que el Tribunal aprecia que, en principi, la CONACEE pot tenir drets i interessos afectats per les condicions de la licitació que impugna, en la defensa i representació col·lectiva que s'atribueix en el recurs, i, per tant, legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013. Així mateix, la seva representació ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, conformement amb l'article 51.1.a) de la LCSP.

CINQUÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 44.2 50.1 de la LCSP.

No obstant això, respecte de l'escrit complementari o d'ampliació del recurs presentat per correu electrònic en data 23 d'agost de 2018, aquest Tribunal ha de recordar que no existeix

en el la regulació del procediment de recurs especial en matèria de contractació aquesta possibilitat, tret del supòsit específic de l'article 52.3 de la LCSP, que no concorre en aquest cas i, per tant, no es pot prendre en consideració.

SISÈ. La CONACEE planteja, en un ampli escrit de recurs que inclou informació relativa al nombre i territorialitat dels CET que estarien afectats per les previsions controvertides, en definitiva, les següents fonamentacions jurídiques contra el PCAP de la licitació:

- Vulneració de l'ordenament de la UE. Els principis de l'ordenament de la UE i les llibertats bàsiques en aplicació del cas plantejat. L'article 20 de la Directiva 2014/24/UE, en connexió amb el considerant 36 de la mateixa Directiva, determina els termes de la reserva.

La locució que s'utilitza en el dret comunitari, relatiu a *talleres protegidos y operadores económicos*, s'ha d'interpretar en referència a totes les entitats que reuneixin les dues condicions establertes pel dret europeu –que concorren en tots els CET en l'ordenament jurídic espanyol- i no es considera lícit ni d'acord amb les previsions del dret comunitari esmentades sostreure de la reserva els centres que no siguin de procedència pública o no siguin controlats per determinades associacions. La regulació que s'efectua dels CET en el dret intern -el Reial decret legislatiu 1/2013, de 29 de novembre, pel que s'aprova el Text refós de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i de la seva inclusió social (en endavant, RDLEG 1/2013), el Reial decret 2273/1985, de 4 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament dels centres especials de treball definits per l'article 42 de la Llei 13/1982, de 7 d'abril, d'integració social del minusvàlid (en endavant, RD 2273/1985), i la Llei 5/2011, de 29 de març, d'economia social- té com a resultat que tots ells, que són entitats d'economia social, s'integren en la reserva a què fa referència l'article 20 de la Directiva.

Davant les previsions del PCAP objecte del recurs, es plantegen tres opcions: si el contingut de la clàusula controvertida del PCAP objecte de recurs no té causa legal, cal anul·lar-la. Per contra, si aquesta clàusula és el resultat de la incorporació del que estableix la vigent disposició addicional quarta de la LCSP procedeix, o bé la directa anul·lació o, en el seu cas, el plantejament de qüestió prejudicial davant del Tribunal de Justícia de la UE.

La nova redacció de l'article 43 de l'esmentat RDLEG 1/2013, introduïda per la disposició catorzena de la LCSP és una transposició contrària al sentit i finalitat de la Directiva 2014/24/UE i que la vulnera, ja que limita la seva aplicació als CET qualificats d'iniciativa social, de forma discriminatòria, injusta i no fonamentada.

Així mateix, es critica la reforma en base a què obre la possibilitat de frau, perquè no contempla mecanismes de comprovació de la reinversió dels rendiments, es crea una categoria sense establir normes mínimes de registre i control i es crea en una llei de contractes amb efectes que la sobrepassen.

L'efecte anticompetitiu de la nova regulació introduïda per la LCSP, perquè restringeix la concurrència sense que la creació de CET estigui reservada a organismes públics. L'accés a la reserva en funció de la naturalesa jurídica de l'entitat que crea el CET no té cap justificació i contravé la Directiva. L'exigència de reinversió no té justificació i també vulnera l'ordenament de la UE, que no preveu tampoc aquesta exigència.

Adicionalment, el fet que el legislador espanyol hagi establert aquesta limitació no obsta que s'estigui vulnerant el dret comunitari amb la incorporació d'aquestes previsions als plecs dels contractes.

L'aplicació literal de la norma, que és contrària a la Directiva, es tradueix en una restricció a la concurrència, un tracte discriminatori a favor dels denominats CET d'iniciativa social i un dany als interessos públics perquè conculquen la competència. Per tant, o bé es modifica el plec objecte de recurs, o bé es realitza una interpretació "harmònica" de la LCSP en el sentit de l'article 20 de la Directiva. A més, els òrgans de contractació no poden admetre la vulneració de l'ordenament comunitari en base a la literalitat de la disposició addicional quarta de la LCSP.

No resulta d'aplicació al cas la previsió de la disposició addicional quaranta-vuitena (48) de la LCSP perquè cap dels CPV indicats en el contracte s'assimilen als que es descriu en aquella (reserva addicional a la prevista per la disposició addicional quarta).

- La incorporació de la clàusula controvertida al PCAP causa dany a la lliure competència, discriminació i dany a les possibilitats d'integració laboral de col·lectius en risc d'exclusió. En aquest sentit, s'afirma que tots els CET d'iniciativa empresarial compleixen les *ratio*

d'ocupació de personal amb discapacitat establertes per la Directiva. D'altra banda, es qüestiona l'efectivitat i la correcció de l'equiparació dels CET d'iniciativa social als promoguts per entitats sense ànim de lucre establert en la nova regulació introduïda per la LCSP. Addicionalment, la restricció de la competència implicaria també un obstacle a la competència adequada per l'assoliment de la major qualitat al menor preu per l'interès general.

La discriminació opera en favor del CET de les entitats sense ànim de lucre, la qual cosa resulta injustificada i no resulta coherent amb les previsions i els objectius de la Directiva, a més de contrària als principis essencials de la contractació pública.

Pel que fa a la sol·licitud relativa al plantejament de qüestió prejudicial prevista en l'article 267 del TFUE davant del TJUE, s'al·lega, en síntesi:

- La competència del Tribunal ex Sentència de 5 d'octubre de 2015.
- Que es tracta d'un judici de rellevància per la contradicció entre la disposició addicional quarta de la LCSP i l'article 20 de la Directiva 2014/24/UE, degut a una incorrecta transposició de la Directiva, que té efecte directe i genera drets per als particulars. Això és així ja que si el legislador opta per articular la reserva, la previsió de la directiva no és condicional sinó que el vincula en el sentit que hi ha de poder concórrer totes les entitats que puguin ser considerades com un taller protegit.
- La contravenció dels principis de la contractació pública establerts per la Directiva.

Respecte d'aquestes fonamentacions, l'òrgan de contractació ha observat en l'informe que ha presentat en el tràmit previst per l'article 56.2 de la LCSP, en síntesi, que:

- La clàusula controvertida respon a les previsions de la disposició addicional quarta de la LCSP, dictada en aplicació de la Directiva 2014/24/UE.

SETÈ. Conclòs l'anàlisi de les posicions de les parts i fetes les puntualitzacions anteriors, procedeix, en primer terme, situar el marc normatiu d'aplicació a la qüestió controvertida que, en definitiva, rau sobre si el dret intern pot, en regular la possibilitat de reserva contractual

prevista per Directiva 2014/24/UE, establir condicions addicionals o específiques als CET que vulguin licitar.

La possibilitat de la reserva dels contractes està reconeguda en el dret europeu de contractes i actualment és l'article 20 de la Directiva 2014/24/UE el que l'articula en el termes següents:

“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.” (el subratllat és nostre)

Aquesta previsió es correspon amb el que el considerant 36 de la Directiva exposa al respecte:

“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.” (el subratllat és nostre)

Nogensmenys, aquesta figura de la reserva contractual ja estava prevista, en termes molt similars però referida només a tallers protegits, en l'article 19 de la Directiva 2004/18/UE, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis, i referida en el seu considerant 28.

En el dret espanyol de contractes, la vigent LCSP, en execució de la transposició d'aquest marc normatiu comunitari, ha optat per regular la reserva de contractes en el termes següents:

“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.” (el subratllat és nostre)*

Complementàriament a aquesta previsió, la disposició final catorzena de la mateixa LCSP introdueix una modificació en el RDLEG 1/2013 que té per objecte completar la regulació dels CET establint els requisits per ser considerats d'iniciativa social. En concret, s'afegeix el punt 4, a l'article 43 de l'esmentat RDLEG 1/2013, referit a CET d'iniciativa social.

“Artículo 43. Centros especiales de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

1. Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente.

2. La plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla. A estos efectos no se contemplará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social.

Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva.

3. La relación laboral de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo es de carácter especial, conforme al artículo 2.1.g) de Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y se rige por su normativa específica.

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.” (el subratllat és nostre)

Amb anterioritat a la vigent LCSP, era la disposició addicional cinquena del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat per Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), la que regulava, en transposició de les previsions de la Directiva del 2004, els contractes reservats a CET i a empreses d'inserció.

El fet de circumscriure la reserva de la contractació a CET d'iniciativa social tampoc és nova en l'ordenament jurídic espanyol, ja que l'article 9 de la Llei Foral (Navarra) 6/2006, de 9 de juny, de contractes públics, en la redacció donada per la Llei foral 13/2009, ja establí la possibilitat de reserva a CET sense ànim de lucre.

En tot cas, cal puntualitzar ja ara que no respon a aquesta lògica, malgrat l'al·legació continguda en l'escrit de recurs de la CONACEE, la reserva regulada per la disposició addicional quaranta-vuitena de la mateixa LCSP, la qual estableix i regula la possibilitat que els òrgans de contractació reservin determinats contractes de serveis socials, culturals i de salut -amb identificació dels CPV corresponents- a determinades organitzacions en les quals concorrin les condicions que s'estableixen.

VUITÈ. Així les coses, cal tenir en compte que la pretensió de la recurrent és, en aquest cas, l'anul·lació de la clàusules 1, 9 i 16 del PCAP i concordants del PPT que regeix la licitació, i això, en síntesi, perquè les previsions de la clàusula responen a una previsió normativa que contravé el marc legislatiu comunitari, cas aquest en el qual la recurrent interessa que el Tribunal, en el seu cas, plantegi la qüestió prejudicial prevista per l'article 267 del TFUE.

La recurrent planteja en definitiva que la disposició addicional quarta de la LCSP i, per remissió, article 43.4 del RDLEG 1/2013, hauria de resultar inaplicable per l'efecte directe de l'article 20 de la Directiva 2014/24/UE i permetre l'accés als CET d'iniciativa empresarial. Al respecte, cal portar a col·lació, si més no, que tant el document elaborat pels òrgans i tribunals administratius de recursos contractuals sobre els efectes jurídics de les directives de contractació pública davant el venciment del termini de transposició¹, com l'Informe 1/2016 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa², en la mesura en què es tracta d'una norma, l'article 20, que no estableix una obligació incondicional i clara per als estats membres, no compleix el primer dels requisits per a què resulti d'aplicació directa.

¹ Document aprovat en reunió d'1 de març de 2016.

² Informe 1/2016, de 6 d'abril de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent), sobre el contingut de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, que han de ser d'aplicació directa a partir del dia 18 d'abril de 2016, data en què finalitza el termini per a la seva transposició. Breu referència a l'aplicació directa de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió.

Efectivament, l'article 20 de la Directiva 2014/24/UE estableix una possibilitat –la d'establir la reserva- que el legislador intern pot exercir o no. De fet, com s'ha vist, abans de l'aprovació de la LCSP, la disposició addicional quinzena del TRLCSP operava com a precepte de transposició d'aquesta possibilitat sense solució de continuïtat entre la Directiva de 2004 i la de 2014. Les argumentacions de la recurrent emfatitzen i qüestionen, justament, el canvi produït entre una i altra normativa pel que fa a la condició dels CET d'iniciativa social que ara es s'estableix i sobre la base de considerar que tots els CET són entitats d'economia social.

Conjuntament amb la nova regulació de la reserva de contractes, mitjançant la disposició final catorzena de la LCSP s'introdueix la regulació de la qualificació de Centre Especial de Treball d'Iniciativa Social. Aquesta nova regulació refereix el caràcter d'iniciativa social als CET en funció de les característiques de la seva titularitat:

- a) els promoguts o participats en més del 50% per entitats públiques o privades sense ànim de lucre o que tinguin reconegut el seu caràcter social en els estatuts (amb independència de la seva forma com associació, fundació, corporació de dret públic, cooperatives d'iniciativa social o d'altres entitats d'economia social);
- b) els de titularitat de societats mercantils en les quals la majoria del seu capital sigui propietat d'alguna de les entitats indicades anteriorment (s'admet la participació directa o indirecta), sempre i quan en els seus estatuts o l'acord social s'obliguin a la reinversió íntegra del seus beneficis per a la creació d'oportunitats d'ocupació per a persones amb discapacitat i a la millora contínua de la seva competitivitat i de la seva activitat d'economia social. S'admet també la possibilitat d'optar en la reinversió en el propi CET o en altres CET d'iniciativa social.

A més d'apreciar-se, si més no, la complexitat d'aquesta regulació que, ja d'entrada, genera dubtes sobre els sistemes d'acreditació de les condicions establertes, cal concloure que la nova regulació té com a efecte circumscriure la reserva a CET en els quals, amb independència de la qualificació jurídic pública o privada dels seus titulars, es garanteixi la reinversió dels seus beneficis en els objectius fixats per la norma.

Tal i com va tenir ocasió d'afirmar l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi (en endavant, OARCE), en la Resolució 100/2018, el legislador intern disposa d'un marge de decisió molt ampli quan la norma europea permet que adopti o no una determinada

mesura, en el cas que ara interessa, l'establiment de la possibilitat de reserva. És més, a l'hora de regular les condicions de la reserva en el dret espanyol de contractes, correspon al legislador intern delimitar i concretar els operadors econòmics destinataris de la reserva que tinguin per objectiu principal la integració social i professional de les persones discapacitades o desfavorides. Amb aquesta perspectiva, cal considerar que el plantejament introduït per la LCSP es troba alineat amb els objectius de la reserva de contractes que estableix la Directiva, sense que això resulti contrari, sinó complementari, a l'existència d'un objectiu més general de la promoció i la millora de l'ocupació de persones amb dificultats d'inserció, que pot ser tributari d'altres formes de foment en el marc de la contractació pública.

Adicionalment, cal tenir en compte que el considerant 36 de la Directiva 2014/24/UE, en justificar la raó de la reserva a favor de certes entitats es refereix, a més dels tallers protegits, també a "altres empreses socials", la qual cosa, a manca que aquest concepte tingui una definició en la pròpia Directiva ni remeti a altra normativa comunitària, implica que sigui la legislació interna on es concreti el caràcter social dels destinataris de la reserva. En paraules del OARCE, en l'esmentada Resolució 100/2018:

"También se ha de descartar que en la transposición se hayan traspasado los límites del margen de apreciación del que dispone el estado miembro. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el Considerando 36 de la Directiva 2014/24, al justificar la razón de esta reserva de contratos a favor de determinadas entidades se refiere expresamente a "empresas sociales"; concepto que carece en el Derecho de la Unión Europea de una definición unívoca que deban respetar en todo caso los Ordenamientos nacionales y al que las distintas tradiciones lingüísticas, culturales y jurídicas de los países miembros 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; de hecho, señala que tales principios comunes, similares por cierto a los ahora recogidos en el TRGLDPD, aluden a los operadores (i) para los cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, 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." (el subratllat és nostre)

Tot això porta aquest Tribunal a interpretar que el legislador espanyol, en la transposició de la Directiva 2014/24/UE ha delimitat les tipologies d'entitats que poden accedir a la reserva de la contractació –que és una excepció, de fet, al principi general de concurrència que presideix la contractació pública- en la línia de l'argumentació continguda en el considerant 36 de la

Directiva, és a dir, establint unes condicions d'accés a una reserva per a les entitats socials que, d'acord amb el marc normatiu intern, en condicions ordinàries de mercat, no sempre poden competir per obtenir contractes i que, a més, garanteixin la reinversió dels seus beneficis en el que és l'objectiu de la reserva.

Per tant, des d'aquesta perspectiva i d'acord amb els fonaments anteriors, no poden prosperar les al·legacions de la recurrent en relació a la necessària inaplicació del que estableix la disposició addicional quarta de la LCSP, ja que no es pot apreciar la contravenció de la Directiva 2014/24/UE.

Finalment, el conjunt d'al·legacions de la recurrent relatives a l'eventual discriminació que comporta la nova regulació, així com a un pretès efecte anticompetitiu i de restricció de la concurrència, també han de decaure també per tot el que s'ha exposat anteriorment.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

- 1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació presentat pel senyor A.L.G.O, en nom i representació de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO, contra el plec de clàusules administratives particulars del procediment de licitació del contracte de serveis, amb caràcter servat a centres especials d'iniciativa social, del servei de cuina en modalitat de càtering a les llars d'infants municipals "La Pau" i "El Niu", licitat per l'Ajuntament de Tàrraga (expedient 001/2018/3356/l264).
- 2.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació acordada per aquest Tribunal en data 20 de setembre de 2018, a l'empara del que disposa l'article 57.3 de la LCSP.
- 3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.
- 4.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 3 d'octubre de 2018.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Neus Colet i Arean
Presidenta